البطـــــــلان

فـى قانـــــون المرافعــــــات

تأليـف

شــريف أحمــد الطبـاخ

المحامي بالنقض والإدارية العليا

التعريـــف بالبطـــلان

والتفرقة بينه وبين غيره من الأنظمة

تعريــف البطــلان

البطلان وصف يلحق بالتصرف القانونى المعيب بسبب مخالفته لأحكام القانون المنظمة لإنشائه فيجعله غير صالح لأن ينتج آثاره القانونية المقصودة .

(عبد الحميد الشواربى)

ويتضح من هذا التعريف أن العمل القانونى يكون باطلا إذا توافر به شرطين :

أن يكون هناك عيب ، اى عدم تطابق بين العمل ونموذجه القانونى .

أن يرتب القانون على هذا العيب عدم إنتاج العمل لآثاره التى تترتب إذا كان كاملا . (فتحى والى)

وعلى هذا الأساس نخلص إلى أن البطلان وصف يلحق تصرفا قانونيا معيبا لنشأته مخالفا لقاعدة قانونية تؤدى إلى عدم نفاذه – فالبطلان نظام جزاء مدنى القصد منه حماية القواعد القانونية الخاصة بإنشاء التصرفات القانونية . وانه يطبق على كل أنواع التصرفات التى لحقها العيب نتيجة مخالفة إحدى القواعد القانونية التى تضع مشروط إنشاء التصرف . والغاية منه منع ترتب الآثار المقصود اتخاذها مادام لم يقم وفقا للقانون .

وقد نصت المادة 20 من قانون المرافعات على أن :

يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء . ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء .

مفاد ذلك أنه : إذا نص القانون صراحة على البطلان ، فيتعين على القاضى أن يحكم به اعتبارا بأن المشرع قدر أهمية الإجراء وافترض ترتب الضرر نتيجة للمخالفة ، ومن أمثلة النص على البطلان صراحة نص المادة 19 والمادة 25 .

ولقد شاء المشرع منعا من أى لبس ألا يقرر البطلان القانونى إلا بلفظه ، بحيث لم تعد العبارة الناهية أو النافية (لا يجوز مثلا) مؤدية فى ذاتها لتقرير البطلان القانونى . فالقاضى لا يحكم بالبطلان على أساس انه منصوص عليه فى التشريع إلا إذا تقرر البطلان بلفظه اى يقول النص " وإلا كان الإجراء باطلا " مثلا . ولا يعمل بهذه القاعدة المستحدثة إلا بالنسبة لقانون المرافعات الجديد والقوانين التالية عليه فقط . أما القوانين السابقة عليه والتى تعتمد على تقرير البطلان بعبارة ناهية أو كافية إعمالا للمادة 25 من قانون المرافعات السابق – هذه القوانين يجب احترام حالات البطلان فيها ولو بعبارة ناهية أو نافية .

وإذا نص القانون صراحة على البطلان وتمسك الخصم به وفقا للقانون ، فإن على المحكمة الحكم بالبطلان ما لم يتمسك خصمه بأنه على الرغم من حصول المخالفة الموجبة للحكم بالبطلان ، وعلى الرغم من عدم احترام ذات الشكل ، إلا انه قد ثبت تحقق الغاية من الشك – وعليه هو إثبات تحقق الغاية من الإجراء وفق الشكل المقرر فى التشريع (راجع تقرير اللجنة التشريعية بمجس الأمة عن المادة 20 (أبو الوفا - المرافعات)

فالمشروع قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينه فى الخصومة ، فالقانون عندما يتطلب شكلا معينا فإنما يرمى إلى تحقيق غاية تحققها توافر هذا الشكل أو البيان . وإذا ثبت تحقيق الغاية رغم تخلف هذا الشكل أو البيان ، فإن من التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان ويقع على عاتق من يحصل التمسك ضده بالبطلان عبء إثبات أن الشكل أو البيان رغم تخلفه قد حقق الغاية منه ، فإذا اثبت هذا فلا يحكم بالبطلان .

وبهذا عدل المشروع عما يفهم من القانون الحالى من أن البطلان المنصوص عليه اجبارى يجب عى القاضى الحكم به دائما . وهو عدول يتجه به المشروع إلى مسايرة التشريعات الحديثة التى بدأها المشرع فى فرنسا بقانون 12 يناير سنة 1933 وبالمرسوم بقانون 30 أكتوبر سن 1935 واشترط فيهما تحقق ضرر بالخصم للحكم بالبطلان رغم النص صراحة عليه . وأيده المشرع الإيطالي سنة 1940 بصورة اعم بنصه فى المادة 156من مجموعة المرافعات الإيطالية على إلا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا حقق الإجراء الغاية منه . وهذا الاتجاه الحديث فى التشريعات أيدته بعض أحكام القضاء للمصري وبعض الفقه فى مصر . وهو اتجاه يتسق فى مصر

مع الأخذ بمبدأ نسبية الحقوق الذى يعنى أن الحق ليس غاية فى ذاته إنما هو وسيلة لتحقيق غاية معينة ، ولهذا فانه إذا نص القانون على البطلان وتحقق عيب فى الإجراء فنشأ عنه حق لشخص فى التمسك بالبطلان فان هذا الحق إنما يقصد بإعطائه لصاحبه ضمان تحقيق الغاية من القاعدة المخالفة . فإذا تمسك صاحب الحق بالبطلان رغم تحقق الغاية من الشكل أو البيان المطلوب . فانه يعتبر استعمالا غير مشروع للحق ، لأنه لا يتمسك به بقصد تحقيق الغاية التى أعطى الحق من اجلها إذ الغاية قد تحققت . (محمد كمال عبد العزيز – المرافعات – ص180)

يتبين من كل ما تقدم أن البطلان المنصوص عنه فى التشريع هو الذى لا يخرج القاضى عن الحكم به لان المشرع قد أرشده إليه ، وهو يحكم به بمجرد التحقق من حصول المخالفة ، دون حاجة إلى إثبات أى ضرر خاص ، ما لم ينف من يتمسك من الخصوم بصحة الإجراء عدم حصول ضرورة نتيجة المخالفة – أى تحقيق الغاية من الشك على الوجه الذى يريده القانون – إلى حمايتها وصيانتها بما أوجبه وحصلت فيه المخالفة ، وهذه حالات نادرة فى التشريع .

وعليه إذا نص القانون على البطلان فلا يملك القاضى إلا الحكم به متى تحقق من وقوع المخالفة – إلا إذا صرح النص بتخويله مكنة التقدير كالفقرة الثانية من المادة 89- ذلك دون نظر لما إذا كان الخصم قد لحقه ضرر من المخالفة أم لا ، وهذا ما اجمع عليها الفقه (العشماوى بند 766 – أبو الوفا بند 397 –

رمزى سيف – بند 438 – 1965/4/8 – م نص م – 16 – 476- 1962/4/13 – م نقض م – 13-451)

غير أن بعض الأحكام ذهبت إلى اشتراط الضرر للحكم بالبطلان ولو كان منصوص عليه ، وأيدها جانب من الفقه مستندا إلى نظرية سوء استعمال الحق المنصوص عليها فى المادتين الرابعة والخامسة من التقنين المدنى والواردتين فى الباب التمهيدى منه مما يجعلها نظرية عامة تسرى على كافة فروع القانون الأمر الذى يجعل فائدة النص على البطلان فى هذا الرأى قاصرة على نقل عبء الإثبات إلى عاتق مرتكب المخالفة إذ يكون عليه ليتجنب الحكم بالبطلان أن يثبت أن ضررا لم يلحق بخصمه مما يكون معه متعسفا فى التمسك بإيقاع البطلان وهو ما يؤدى إلى عدم إجابته إلى ما يتمسك به . (والى فى نظرية البطلان بند 199)

والمقصود بالنص على البطلان هو النص عليه صراحة بلفظه أو دلالة باستعمال صيغة النهى أو النفى دون صيغة الأمر ، وقد صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية فى قولها : " ... يجعل الحكم بالبطلان واجبا أولا – فى الأحوال التى ينص فيها القانون على البطلان بلفظه أو بعبارة ناهية أو نافية تقتضيه اعتبارا بأن المشرع قدر أهمية الإجراء ......" واجمع على ذلك الفقه والقضاء ، وان ذهب البعض الى نقد التفرقة بين النص الناهى أو النافى وبين النص الأمر ، ورأى قصر حكم البطلان المنصوص عليه على حالات النص على البطلان صراحة بلفظه (والى بند 170 إلى 177 والأحكام المشار إليها فيه)

أما فى غير حالات البطلان القانونى فيندر أن يحكم القاضى بالبطلان ، إذ يكون عليه قبل الحكم به ان يتحقق من أن الإجراء – المطلوب الحكم بطلانه – قد شابه عيب بسبب إغفال بيان أو شكل جوهرى ، وأنه بسبب هذا العيب نقد الإجراء إحدى صفاته الخاصة به والمميزة له ، بحيث لم يتحقق الفرض المقصود منه على الوجه الذى يريده له القانون ، وبحيث فاتت على الخصم المصلحة التى قصد القانون إلى حمايتها والى صيانتها بما أوجبه وحصلت فيه المخالفة . ويكون على المتمسك بالبطلان إثبات كل هذا.

ويقصد المشروع بحالات عدم النص على البطلان ، عدم النص الصريح عليه فإذا نص القانون على انه " لا يجوز أولا يجب " أو نص على أية عبارة ناهية أو نافية بهذا لم يصرح بالبطلان ولا يحكم به إلا إذا وجد عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء والأصل فى حالة عدم النص على البطلان أن الإجراء لا يبطل إلا إذا اثبت المتمسك بالبطلان فضلا عن العيب الذى شاب الإجراء أن هذا العيب قد أدى إلى عدم تحقق الغاية من الإجراء فعبء إثبات عدم تحقق الغاية يقع على عاتق المتمسك بالبطلان ولا يكفيه إثبات عدم تحقق الغاية من الشك أو البيان ، وإنما يجب عليه إثبات عدم تحقق الغاية من الإجراء . ذلك أن القانون مادام لم ينص على البطلان جزاء لشكل أو بيان معين فانه يدل بهذا على عدم إرادته توافر هذا الشك أو البيان إلا بالقدر اللازم لتحقيق الغاية من العمل الاجرائى الذى يتضمنه ، وينظر القاضى إلى الغاية الموضوعية من الإجراء ، والى تحققها فى كل قضية على حدة . وهذا التحديد من المشروع هو الذى أخذت به مجموعة المرافعات الإيطالية للإجراءات الجوهرية فى المادة 156 منها (راجع فما سبق – أبو الوفا عبد العزيز – والي)

ومفاد ما تقدم أن القانون الجديد جعل العبرة فى الحكم بالبطلان سواء كان منصوصا عليه أو غير منصوص عليه بتحقق الغاية من الشك المعيب أو عدم تحققه والمقصود بالغاية هى الموضوعية اى الوظيفة الإجرائية التى قصد الشارع من تقرير الشكل توافرها .

ويقوم موجب البطلان بأن يثبت المتمسك بالبطلان المنصوص عليه أن عيبا لحق احد إشكال العمل الاجرائى الذى قام به خصمه فتقوم لصالحه قرينة بسيطة على تخلف الغاية من الشكل المعيب أو أن يثبت التمسك بالبطلان غير المنصوص عليه أن عيبا قد لحق بأحد إشكال العمل الاجرائى الذى قام به خصمه وانه مثل هذا العيب تترتب عليه فى الخصومة المجردة – بغض النظر عن الواقعة المعروضة – تخلف الغاية من هذا الشك . ولكن من قام بالعمل الاجرائى يملك فى الحالين تجنب الحكم بالبطلان بإثبات قيام سبب التصحيح ، وذلك بان يثبت انه رغم تعيب الشكل – سواء كان البطلان منصوص عليه – فقد تحققت فى خصوص الواقعة المعروضة الغاية الموضوعية التى يستهدفها الشارع من تقرير ذلك الشكل .

أحكـــام النقـــض :

النص فى المادة 20 من قانون المرافعات على انه " يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسبب الغاية من الإجراء - ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه اذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء " يدل - وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية فى خصوص هذه المادة - ان المشرع قرر التفرقة بين حالة البطلان الذى يقرره القانون بعبارة صريحة منه وحالة عدم النص عليه ، فإذا نص القانون على وجوب إتباع شك معين أو أوجب أن تتضمن الورقة بيانا معينا وقرر البطلان صراحة لجزاء على عدم احترامه ، فان الإجراء يكون باطلا- وليس على من تقرر الشك لمصلحته من الخصوم إلا أن يثبت تحقيق غاية معينة فى الخصومة ، فالقانون عندما يتطلب شكلا معينا أو بيانا معينا قائما يرمى إلى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشك أو البيان ، فان من بين التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان ومؤدى ذلك إن ربط شكل الإجراء بالغاية منه إنما يستهدف جعل الشكل أداة نافعة فى الخصومة ، وليس مجرد قالب كالشكليات التى كانت تعرفها بعض القوانين القديمة ، هذا إلى أن الشك ليس هو الإجراء ، ذلك أن الإجراء أو العمل الاجرائى هو عمل قانونى يجب أن تتوفر فيه شروط معينة من بينها الشكل الذى يحدده القانون - وترتيبا على ما تقدم فانه إذا أوجب القانون توافر الشك أو بأن فى الإجراء فان مناط الحكم بالبطلان هو التفطن الى مراد المشرع من هذه البيانات وما يستهدفه من تحقيق غاية معينة (1980/5/10 - م نقض م - 31-1325)

لئن كان الشكل أو البيان وسيلة لتحقيق غاية معينة فى الخصومة وكان لا يقضى بالبطلان ولو كان منصوصا عليه ، إذا اثبت المتمسك ضده به ، تحقق الغاية عملا بالفقرة الثانية من المادة 20 مرافعات ، إلا أن التعرف على الغاية من الشكل أو البيان وتحديد ماهية هذا الغاية ، مسألة قانونية يتعين على محكمة الموضوع التزام حكم القانون بشأنها فإذا أجنحت عنها إلى غاية أخرى وانتهت فى حكمها إلى ثبوت تحقق الغاية ، ورتبت على ذلك رفض القضاء بالبطلان لتحقيق الغاية فان حكمها يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون (1983/4/10 طعن 1728 سنة 49 قضائية - م نقض م - 33-921)

النص فى الفقرة الثانية من المادة 20 من قانون المرافعات مفاده أن المشرع قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينه من توافر هذا الشكل .أو البيان ، فإذا ثبت تحقق الغاية رغم تخلف الشكل أو البيان فانه من التمسك بالتشكيلات القضاء البطلان (1986/2/20 طعن 1184 سنة 52قضائية – م نقض م – 37-الجزء الأول – 246) .

إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يعدو أن يكون من أوراق المحضرين ، يسرى عليه ما يسرى على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها فى قانون المرافعات والنص فى الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون المشار إليه على انه " لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء " وفى المادة 22 منه على أن " يزول البطلان إذ نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام مفاده أن المشرع وعلى ما أوضحته المذكرة الإيضاحية – قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة فالقانون عندما يتطلب شكلا معينا فإنما يرمى إلى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشكل أو البيان ، وإذا ثبت تحقق الغاية رغم تخلف هذا الشكل أو البيان فإن من التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان ، كما رأى المشرع أن يجيز لمن شرع البطلان لمصلحته أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا إلا إذا تعلق بالنظام العام (1977/3/1 طعن 569 لسنة 43 قضائية – م نقض م – 28 – 705 – 1985/1/29 طعن 2184 لسنة 51 ق – 1986/6/3 طعن 1252 /1269 سنة 52 قضائية – م نقض م – 37 – 643).

التفرقة بين البطلان وغيره من الانظمة

لقد عرف قانون المرافعات الكثير من الأنظمة التى قد تختلط بالبطلان ومنها عدم القبول والسقوط .. الخ

وبالتالى يجب التفرقة بين البطلان وهذه الأنظمة .

البطلان وعدم القبول

وللتفرقة بين البطلان وعدم القبول ينبغى أولا أن يبين المقصود بعدم القبول .

عدم القبول :

وهو وسيلة دفاع يرمى إلى إنكار وجود الدعوى أو بمعنى هو دفع يبديه الخصم لينكر به حق خصمه فى رفع الدعوى لعدم توافر شروط الحق فى الدعوى .

وعدم القبول يؤدى إلى امتناع المحكمة عن النظر فى ادعاء المدعى فالمحكمة قبل أن تنظر فى وجود الحق فى الدعوى من عدمه يجب أن تتأكد من توافر شروط معينه يؤدى تخلفها إلى عدم قبولها الطالب . أى إلى عدم دخولها فى النظر فيما إذا كان المدعى محقا فى دعواه أولا. (والى)

وبذلك يقترب هذا الدفع من الدفوع الشكلى الذى يقدمه الخصم لمنع المحكمة من التعرض للموضوع ، ولكنه يختلف عنه فى انه لا يهدف فقط إلى تعطيل الفصل فى الموضوع وإنما قد يؤدى إلى أنها النزاع وبذلك يقترب من الدفع الموضوعى الذى يرتب نفس الأثر .

اختلاف الآراء حول طبيعة الدفع بعدم القبول :

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول طبيعة الدفع بعدم القبو فذهب رأى إلى أن الدفع بعدم القبول دفع من طبيعة خاصة نظرا لاختلاف محله عن محل الدفوع الموضوعية وعن محل الدفوع الشكلية . وذهب رأى آخر إلى تقريبه من الدفوع الشكلية لأنه يمنع المحكمة من التعرض لموضوع النزاع اى انه يقوم بنفس الدور الذى يقوم به الدفوع الشكلية .

وذهب رأى ثالث إلى تقريبه من الدفوع الموضوعية لأنه يقوم بنفس الدور الذى تقوم به الدفوع الموضوعية ، فيؤدى أحيانا إلى إنهاء النزاع أمام المحكمة .

وذهب رأى رابع إلى تقسيمه إلى عدم قبول إجرائي وهو الذى ينشأ نتيجة عيب فى إجراءات الخصومة أو بعضها وعدم قبول موضوعى وهو الذى ينشأ عن تخلف أحد شروط الحق فى الدعوى .

وهذا هو الرأى المرجح .

حالات الدفع بعدم القبول :

فحالات الدفع بعدم قبول الدعوى هى الحالات التى يكون فيها إنكار الحق ظاهرا بحيث لا يحتاج الأمر عادة الى الخوض فى الموضوع عند الحكم فيها ومن أمثلة ذلك :

- عدم القبول لانعدام الصفة أو المصلحة :

لا ينظر القاضى فى وجود إرادة قانونية تقرير الحق فى الدعوى ولا فى تحقق الواقعة المنشئة لهذا الحق . وإنما ينظر أولا فى هل مع فرض وجود الحق ى الدعوى يكون هذا الحق لمن يدعيه لنفسه وضد المدعى عليه أم لا . وبعبارة أخرى هل توجد للمدعى صفة فى الدعوى وهل للمدعى عليه صفة هو الآخر ؟ فإذا تبين العكس فانه يقضى بعدم قبول الطلب . ويقصد بعدم القبول هنا : عدم قبول النظر فى وجود الحق فى الدعوى فى الحالة المعروضة وذلك لان هذا الحق بفرض وجوده فانه ليس مقررا للطالب أو ليس مقررا ضد الموجه إليه الطلب .

مثال : إذا رفع شخص دعوى بطلان عقد من العقود ليس طرفا فيه فإن المحكمة تحكم بعدم قبو الدعوى وذلك دون البحث فيما إذا كان العقد أحقية باطلا . ذلك انه على فرض بطلانه فإن دعوى البطلان التى تنشأ ليست حقا لرافع الدعوى الذى ليس طرفا فى العقد .

ويعتبر أحيانا عن شرط الصفة بالمصلحة القانونية : فيقال فى المثال الأول أن نقابة المحامين ليس لها مصلحة قانونية فى رفع دعوى التعويض . ومعنى هذا انه ليس لها الحق ى الدعوى فى هذه الحالة . أى ليس لها صفة . ويقال فى المثال الثانى أن الغير ليس له مصلحة قانونية لرفع دعوى البطلان . (فتحى والى ، وأحمد أبو الوفا في المراجع المشار إليها)

والمقصود بالصفة والمصحة التى يترتب على انتفائهما عدم قبول الدعوى ، هو المصلحة بالمعنى المقصود فى المادة 3 مرافعات (1980/4/26 طعن 152 سنة 41 ق – م نقض م – 31- 1223)

وفى ذلك تقول محكمة النقض " المقرر – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض أن الدفع بعدم قبول الدعوى الذى تستنفذ به محكمة الدرجة الأولى ولايتها والذى تعنيه الفقرة الأولى من المادة 115 من قانون المرافعات ، هو الدفع الذى يرمى إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهى الصفة والمصلحة والحق فى رفعها باعتباره حقا مستقلا عن ذات الحق الذى ترفع الدعوى بطلب تقريره – فالدفع الوارد بهذه المادة لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات وأن اتحد معه الاسم " بعدم القبول " لان العبرة فى تكييف الدفع بحقيقة جوهرية كما تستخلصه المحكمة من مرماه بغض النظر عن ظاهره الذى يخلعه عليه الخصم وفى ذلك ما يوجب على محكمة استئناف لدى معاودتها انظر فى الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى بعدم قبول الدعوى " استجلاء حقيقة الدفع بذلك تعرفا على مدى اتصاله بخصائص المصلحة فى الدعوى وتحديدا لمدى استنفاذ محكمة الدرجة الأولى لولايتها فى الدعوى أو قيام حقها فى استكمال نظرها فى حالة قضاء محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم بعدم قبول الدعوى وبقبولها " (1984/5/15 طعن 1863 سنة 50قضائية)

- عدم القبول لانتفاء الحق فى الدعوى باعتباره حقا مستقلا عن الحق :

موضوع الدعوى هو الدفع بانعدام الحق فى الدعوى أو بسقوطه لسبق الصلح فيه أو لانقضاء المدة المحددة فى القانون لرفع الدعوى ونحو ذك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا الدفع المتصل بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى (1981/11/29 طعن 1013 سنة 48 قضائية – م نقض م – 32 – 2156)

- عدم القبول لرفع الدعوى بعد الميعاد القانونى :

قد يحدد القانون ميعادا معينا لرفع الدعوى . مثلا دعوى المديونية تتقادم بخمس عشرة عاما (مادة 374 مدنى مصرى) . ودعوى استرداد لحيازة تتقادم إذا لم ترفع خلال السنة التالية لفد الحيازة (958 مدنى مصرى) . فإذا رفعت الدعوى بعد انقضاء الميعاد القانونى ، فانه يحكم بعدم القبول . أى أن القاضى يمتنع عن النظر فى توافر شروط الدعوى . لأنه على فرض وجودها للمدعى ضد المدعى عليه ، فإنها قد انقضت أى لم يعد لها وجود .

- عدم القبول لسبق الفصل فى الدعوى :

لا يجوز أن يستعمل الحق فى الدعوى المعينة إلا مرة واحدة أى انه لا يجوز مباشرة الدعوى مرتين لذات الموضوع والعلة فى هذا وجوب احترام إرادة القانون كما يعلنها القضاء . ولهذا فإن الحق فى الدعوى ينقضى بصدور حكم فيها ، فإذا التجأ صاحب الدعوى إلى القضاء مرة أخرى مستعملا نفس دعواه (وتكون الدعوى واحدة إذا اتحد الخصوم والمحل والسبب) فإن القضاء لا يقبل طلبه (المادة 116 مرافعات) أى يمتنع عن النظر فى توافر شروط وجود الحق فى الدعوى ، لأنه على فرض وجودها للمدعى ضد المدعى عليه فأنها قد انقضت بسبق الفصل فيها . (فتحى والى)

فيعد دفعا بعدم القبول الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة أحد الخصوم (1977/2/2 طعن 325 سنة 40 قضائية – م نقض م – 28- 353 – 1972/12/16 م نقض م – 23 – 1398 – 1971/4/22 – م نقض م – 22 – 553 – 1970/1/7 – م نقض م – 21 – 18) والدفع بعدم قبول دعوى المشترى بعقد غير مسج ضد المستأجر من البائع بإخلائه لعدم سداد الأجرة (1977/11/8 طعن 978 سنة 46 ق – م نقض م – 30 – العدد الثالث) والدفع بعدم قبول الدعوى لعدم الالتجاء إلى جهة معينة يستلزم القانون اللجوء إليها قبل رفع الدعوى وذلك لتعلق الدفع فى هذه الحالة بالحق فى رفع الدعوى باعتباره حقا متميزا عن الحق موضوع الدعوى ، ومن صور الدفع فى هذه الحالة الدفع بعدم قبول دعوى دائن ممن رفعت عنه الحراسة والت أمواله إلى الدولة بموجب القانون رقم 150 سنة 164 ضد المدير العام لإدارة الأموال التى آلتى إلى الدولة قبل اللجوء إلى هذا المدير ليصدر قرارا بشأن الدين (1985/3/25 فى الطعون رقم 523- 1474 – 1498 سنة 53 قضائية – م نقض م – 36 – 484) وكذلك الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل اتخاذ إجراء يتعلق بالحق فى إقامتها كالدفع بعدم قبول دعوى المؤجر بطلب إخلاء المستأجر لعدم سبقها باعذاره وفقا لحكم المادة 31 من القانون 49 لسنة 1977 إذ هو فى حقيقته دفع بعدم سماع الدعوى لرفعها قبل اتخاذ إجراء يوجبه القانون قبل رفعها (1989/11/27 طعن 229 سنة 54 قضائية) والدفع بعدم سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر لانهما لا يدينان بوقوع الطلاق طبقا لنص الفقرة السادسة من المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية إذ هو يقوم على الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى ومن ثم فأنه بحسب مرماه دفع موضوعى بعدم قبو الدعوى يخضع لأحكام المادة 115 مرافعات (1984/4/10 طعن 31 سنة 53 قضائية – م نقض م – 35 – 959)

ولا يعد دفعا بعدم القبول الدفوع الشكلية التى تتصل بشكل الإجراءات دون أن تتصل بصفة أو المصلحة أو الحق فى إقامة الدعوى باعتباره حقا مستقلا عن الحق موضوع الدعوى وذلك دون التفات إلى التسمية التى تطلق على الدفع إذ العبرة بحقيقة ما يقوم عليه الدفع وما يرمى إليه وإعمالا لذلك جرى قضاء محكمة النقض على انه لا يعتبر دفعا بعدم قبول الدعوى وفقا للمقصود فى المادة 115 مرافعات الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها مباشرة إلى المحكمة عن دين تتوافر فيه شروط أمر الأداء (1972/5/23 – م نقضم – 23 – 983- 1975/6/9 طعن 710 سنة 40 قضائية) الدفع بعدم قبو الدعوى لوجود شرط التحكيم (1976/1/6 – م نقض م – 27- 138- 1986/3/3 طعن 1875 لسنة 50 ق) وكان شرط التحكيم منصوصا عليه فى القانون كالشأن فى حكم المادة 15 من القانون 62 لسنة 1949 بإنشاء نقابات واتحادات نقابات المهن الطبية التى تشترط تحكيم مجلس النقابة فى شأن الأتعاب غير المتفق عليها قبل اللجوء إلى القضاء (1981/12/28 طعن 623 سنة 42ق) أو الدفع بعدم قبول دعوى المؤجر ضد مستأجر الأرض الزراعية لعدم إيداع عقد الإيجار بالجمعية التعاونية الزراعية (1980/4/26 – م نقض م – 31-1223) أو الدفع – بعدم قبول الدعوى لعدم سلوك المدعى طريق الاعتراض أمام هيئة التأمينات الاجتماعية (1983/5/23 طعن 367 سنة 49 قضائية – 1982/11/21 طعن 697 سنة 52ق – م نقض م – 33- 1007) أو الدفع بعدم قبول الطعن فى قرار لجنة تحديد الأجرة لرفعه بعد الميعاد المحدد فى قانون إيجار الأماكن لأنه يتعلق بعمل اجرائى يرمى إلى سقوط هذا الإجراء كجزاء ومن ثم يعتبر دفعا شكليا متعلقا بالإجراءات (1979/5/23 – م نقض م – 30 العدد الثانى – 429) أو الدفع بعدم قبول الدعوى التى ترفع بالمنازعة فى أساس الالتزام بالرسوم أو الادعاء بانقضائه لرفعها بطريق الاعتراض على أمر تقدير الرسوم إذ هو دفع متعلق بالإجراءات كما يتعلق بالنظام العام بتعلقه بإجراءات التقاضى بما يجيز للمحكمة التعرض له من تلقاء نفسها (1972/3/30 – م نقض م – 23-609)

أحكام عدم القبول :

يجوز ابداء الدفع بعدم القبول فى أية حالة تكون عليها الدعوى :

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 115 من قانون المرافعات على أن " الدفع بعدم القبول يجوز إبداؤه فى أية حالة تكون عليها الدعوى " .

اى انه لا يلزم إبداء الدفوع بعدم القبول معا فيجوز إبداؤه فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف .

وقد قضى بأن " والدفع بعدم القبول يجوز إبداؤه فى أية حال كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ولو كان لا يتعلق بالنظام العام فلا يسرى عليه حكم المادة 108 مرافعات (1985/5/25 طعن 1123 سنة 50 قضائية – 1977/2/2 طعن 325 سنة 40 ق – م نقض م – 28 – 353 – 1972/2/16 – م نقض م 23 – 1398) فيجوز إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة فى أية حالة كانت عليها الدعوى (1982/12/5 طعن 2062 سنة 51 قضائية – م نقض م – 83-1116 – 1982/12/2 طعن 21 سنة 49 ق – 1978/5/16 طعن 508 سنة 45 ق) ولكن لا يجوز التمسك بالدفع بعدم القبول لأول مرة أمام محكمة النقض إلا إذا كان الدفع يتعلق بالنظام العام ولا يخالطه واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع .

الدفع بعدم القبول تفصل فيه المحكمة على استقلال :

لقد نص المشرع على وجوب أن تفصل المحكمة فى الدفوع الشكلية على استقلال لكنه لم يوجب ذلك بالنسبة للدفوع المتعلقة بعدم القبول .

ولكن لما كان عدم القبو يثير مسالة إجرائية سابقة على الفصل فى موضوع النزاع ويعنى الفصل فيها المحكمة عن الفص فى الموضوع فكان من المنطقى أن يفصل فيها المحكمة قبل نظر الموضوع إلا أن هذا لا يمنع من ضم الدفع بعدم القبول إلى الموضوع .

تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام :

يختلف مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام من حالة إلى أخرى تبعا لمصلحة التى تحميها القاعدة القانونية التى تؤدى مخالفتها إلى عدم قبول الدعوى . وقد جرى قضاء محكمة النقض على انه عدم قبول الدعوى لانتفاء صفة احد الخصوم لا يتعلق بالنظام العام وإنما هو مقرر لمصلحة صاحب الشأن فلا تملك المحكمة التعرض له من تلقاء نفسها (1986/2/6 طعن 1883 سنة 52 ق - م نقض م - 37-185 - 1983/2/16 طعن 475 سنة 48 ق - 1977/4/5 طعن 199 سنة 40 ق - 1976/1/13 طعن 187 سنة 42 ق - م نقض م - 197/27 - 1974/11/13 طعن 609 سنة 39 ق - م نقض م - 25 - 1224 - وقارن ابو الوفا فى المرافعات بند 207 وفى الدفوع بند 354 - والى بند 287 - العشماوى 876 - حيث يرون تعلق الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة لدى المدعى او المدعى عليه أو عدم توافره بالنظام العام) .

أمام الدفع بعدم القبول لانتفاء اى مصلحة قانونية حالة ، فيرى البعض انه يتعلق بالنظام العام (الشرقاوى بند 81) فى حين يرى البعض انه ليس دفعا بعدم القبول بل من الدفوع الموضوعية البحتة التى تتصل بأصل الحق فيتعين الرجوع إلى القواعد الأساسية التى تتصل بنظام المجتمع الأعلى لمعرفة مدى تعلقها بالنظام العام (أبو الوفا بند 207)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الدفع بعدم سماع دعوى البطلان من احد الزوجين غير المسلمين على الآخر لأنهما لا يدينان بوقوع الطلاق طبقا للفقرة السادسة من المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هو بحسب مرماه دفع موضوعى بعدم قبول الدعوى يخضع لحكم المادة 115 مرافعات ولكن إذا كان الباعث على تقريره هو دفع الحرج والمشقة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بالطلاق اى انه مقرر لصالح هذه الطوائف حماية لعقيدتهم الدينية وليس لصالح الخصم المدعى عليه فإن الدفع يتعلق بالنظام العام (1984/4/10 طعن 31 سنة 35 ق -35-959)

حجية الحكم الصادر فى الدفع بعدم القبول :

فالحكم الصادر فى الدفع بعدم القبول تكون له حجية موقوتة تقتصر على الحالة التى كانت عليها الدعوى حين رفعها أول مرة وتحول دون معاودة طرح النزاع من جديد متى كانت الحالة التى انتهت بالحكم السابق هى بعينها لم تتغير ، ولكنها لا تمنع معاودة رفعها إذا تغيرت تلك الحالة فالحكم بعدم قبول دعوى صحة التعاقد المرفوعة من المشترى عدم قيامه بسداد المستحق من الثمن قبل التاريخ المحدد لتسجيل لا يمنع المشترى من العودة إلى رفع دعوى بصحة التعاقد بعد أن يقوم بالوفاء (1986/6/12 طعن 459 سنة 57 قضائية – 1977/4/5 – م نقض م – 28 – 897)

استنفاد ولاية المحكمة بالفصل فى الدفع بعدم القبول :

والفصل فى الدفع بعدم القبول نستفيد به المحكمة ولايتها ومن ثم فإذا ألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم امتنع عليها إعادة الدعوى الى محكمة أول درجة وتعين عليها التصدى للفصل فى موضوع الدعوى .

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ان الحكم بعدم قبول الدعوى تستنفذ به محكمة أول درجة ولايتها وان الاستئناف المقام عن هذا الحكم يطرح الدعوى برمتها أمام محكمة الاستئناف ، فإذا ألغت ذلك الحكم وقبلت الدعوى فانه لا يجوز أن تعيدها إلى محكمة الدرجة الأولى بل عليها أن تفصل فى موضوعها دون أن يعد ذلك من جانبها مخالفة لمبدأ التقاضى على درجتين " (85/3/25 طعن 1498 – 1474 – 1521 سنة 35 ق – م نقض م – 53 – 484)

البطلان والسقوط

وللتمييز بين البطلان والسقوط يجب أن نبين المقصود بالسقوط .

السقوط :

هو انقضاء سلطة القيام بإجراء معين بسبب تجاوز الحدود التى رسمها القانون لمباشرة هذه السلطة .

(إبراهيم نجيب ص766)

أسباب السقوط :

الأسباب التى تؤدى إلى السقوط كثيرة ومتعددة نذكر منها ما يلى:

عدم احترام الترتيب الذى يضعه القانون للإجراءات .

عدم احترام المواعيد الإجرائية .

التنازل عن الحق فى اتخاذ الإجراء .

التفرقة بين البطلان والسقوط :

يختلف البطلان عن السقوط أساسا فى أن السقوط تكييف يرد على الحق ، أما البطلان فهو تكييف يرد على العمل القانونى ، ولا يوصف به الحق ولهذا فانه يمكن الكلام عن سقوط الحق فى الاستئناف ولا يمكن وصف هذا الحق بالبطلان ، وعلى العكس يمكن القول ان صحيفة الاستئناف باطلة وكن لا يصح وصفها بالسقوط .

ولهذا فإنه بينما يتصور البطلان كتكييف قانونى بالنسبة لكل الأعمال الإجرائية ، فان السقوط غير متصور بالنسبة لبعض هذه الأعمال فلا يمكن تصور السقوط بالنسبة لأعمال القاضى ذلك أن السقوط يعنى انقضاء حق اى مصلحة قانونية ، والقاضى ليست له مصحة ولهذا فانه إذا حدد القانون ميعادا لقيام القاضى بعمله ، فان الغرض من هذا الميعاد يكون غرضا تنظيميا لضمان حسن سير الإدارة الداخلية للعدالة ، ولا يجوز لأحد الخصوم أن يدعى سقوط (حق) القاضى فى القيام بالعمل بعد انقضاء الميعاد . ولنفس العلة لا يمكن الكلام عن السقوط ولو تعلق الأمر بأعمال الخصوم ، إذا كان الخصم مكلفا بالقيام بالعمل خلال فترة معينة ، كما إذا كف الخصم مثلا بتقديم مستند .

لا ينتج البطلان أثره إلا إذا تقرر بحكم ، بخلاف السقوط فإنه يتم بقوة القانون.

.... على أن هذا لا ينفى أن هناك علاقة بين البطلان والسقوط :

فوجود الحق فى القيام بالعمل الاجرائى يعتبر من مقتضيات صحة العمل ولهذا فانه إذا سقط الحق ، وقام الشخص بالعمل بعد هذا فان عمله يكون باطلا .

ومن ناحية أخرى يعتبر القيام بالعمل خلال فترة معينة ، من مقتضيات العمل الشكلية . ولهذا فان العمل قد يبطل لعيب شكلى إذا لم يتم خلال الفترة المحددة .

وكلا من البطلان والسقوط يعتبر من الجزاءات الإجرائية التى يحددها القانون عند مخالفة الشكل القانونى المحدد لاتخاذ الإجراءات . فالبطلان هو جزاء مخالفة الشروط الشكلية اللازمة لصحة الإجراءات . والسقوط هو الجزاء المحدد لعدم استعمال الحق الاجرائى فى الزمن أو الترتيب المحدد فى القانون ، وتحديد ظرف زمنى أو مناسبة معينة لاستعمال الحق ، كل هذا يعتبر إشكالا قانونية يتعين احترامها حتى يتم استعمال الحق بشكل صحيح .

والسقوط كالبطلان يساهمان فى كفالة احترام القواعد الإجرائية والمشرع يحدد العديد من الوقائع التى تخفف من شدة جزاء البطلان ، فهو يحدد الوقائع التى تؤدى إلى إسقاط الحق فى التمسك بالبطلان ، كما يميز تصحيح الإجراء الباطل وانتقاصه . ويجيز تحوله إلى إجراء صحيح . كما أن تحقق الغاية من الإجراء الباطل يؤدى إلى سقوط الحق فى التمسك بالبطلان فقد نصت المادة 114 مرافعات على أن حضور الخصم بشروط معينة يؤدى إلى إسقاط حقه فى التمسك ببعض أوجه البطلان .

وكذلك بالنسبة للسقوط فالمشرع يحدد العديد من الوقائع إلى زوال الحق الاجرائى مثل الكلام فى الموضوع الذى يؤدى إلى سقوط حق الخصم فى التمسك بالدفوع الشكلية التى لا تتعلق بالنظام العام ، والرضا بالحكم الذى يؤدى إلى سقوط الحق فى الطعن فيه وتحقق الإجراء لغايته الذى يؤدى إلى إسقاط الحق فى التمسك ببطلانه .

البطـــلان والخصومـــة

القضائيـــة

فكرة الخصومة القضائية

تعريف الخصومة :

يقصد بالخصومة النزاع المعروض على القضاء .

وتطلق كلمة الخصومة على النزاع فى ذاته فتعرف بأنها الحالة القانونية التى تنشأ منذ عرض النزاع على القضاء .

كما تطلق على النزاع فى مظهره ، فالخصومة تظهر فى صورة سلسله من الأعمال المختلفة التى يقوم بها الخصومة أو ممثلوهم والقضاة وأعوانهم لتصل الخصومة إلى نهايتها (فتحى والى نظرية البطلان – مرجع سابق)

ونلاحظ من هذا التعريف ان الخصومة مجموعة من الأعمال الإجرائية المختلفة تبدأ بإيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب وتنتهي بصدور الحكم فى موضوعها . وقد تنتهى بغير حكم فى الموضوع .

ويشترط بصحة انعقادها ان ترفع بإجراءات صحيحة فينكر فى صحيفتها كافة البيانات التى يتطلبها قانون المرافعات وتعلن وفقا للأوضاع التى رسمها ، ويشترط أيضا أن يكون المحكمة المرفوعة إليها مختصة بنظرها . وكذلك يشترط بصحة انعقادها أن يكون كلا من المدعى والمدعى عليه أهلا للتقاضى وإلا باشر الدعوى من يقوم مقامهم كالوصى أو الولى بالنسبة للقاصر وكالقيم بالنسبة للمحجور عليه .

تتابع إجراءات الخصومة وفقا للنظام الذى يرسمه القانون :

تمر الخصومة بثلاث مراحل متتابعة وهى :

افتتاح الخصومة وتبدأ بالمطالبة القضائية التى يتبعها إعلان المطالبة للخصم حتى تنعقد الخصومة .

سير الخصومة وإجراءاتها حضور الخصوم المرافعة وتحقيق الدعوى .

إصدار حكم فى الخصومة .

أى أن الخصومة تبدأ بالمطالبة القضائية وتتجه إلى صدور حكم فى الموضوع . (وجدى راغب ص 216 مرجع سابق) .

طبيعة الخصومة :

لقد اتفقت الآراء على تكييف الخصومة كوحدة قانونية لكنهم اختلفوا فى الأساس القانونى الذى تبنى عليه هذه الوحدة مزعم أن الخصومة تكون من مجموعة من الأعمال القانونية ويعد كل إجراء من إجراءاتها عملا قانونيا قائما بذاته إلا أنها نتيجة جميعا مع تعددها وتنوئها واختلاف أشخاصها ومضمونها نحو غاية واحدة هى العمل القضائى فالمطالبة القضائية وسائر ما يقوم به المدعى أو المدعى عليه أو ممثلوه من إجراءات كذلك ما يقوم به القاضى وأعوانه من إجراءات يتضافر جميعها لحسن أداء العمل القضائى .

وينظم القانون الخصومة كوحدة قانونية بحيث يؤدى كل إجراء من إجراءاتها دورا معينا فى هذه الوحدة .

ولكن ظهرت النظريات الحديثة واهما التى ترى أن الخصومة رابطة قانونية وتلك التى تراها عملا قانونيا مركبا .

الخصومة رابطة قانونية

يرى أصحاب هذه النظرية أن الخصومة تكون وحدة . هذه الوحدة ليس أساسها مجرد وحدة الغاية بين الأعمال الإجرائية لان وحدة الغاية توجد بالنسبة لأى مشروع ولو كان غير قانونى – مقل إنشاء مبنى أو القيام بعمل فنى ما . وإنما تعتبر الخصومة وحدة قانونية أساسها وجود الأعمال الإجرائية التى تكون متحدة فى رابطة قانونية .

فالمطالبة القضائية تنشئ – قبل الفصل فيها موضوعيا – " حالة معلقة " **uno ststo di pendenza**لا يعرف أثناءها هل المدعى صاحب حق أم لا . ويكون عرض النشاط الاجرائى كله الوصول إلى معرفة هذا الأمر . وللوصول إلى معرفة صاحب الحق ،يجب أن يوضع الخصوم فى مركز يمكنهم من إبداء حججهم فتنشأ لكل منهم حق وعلى كل منهم واجبات وهو ما يظهر الخصومة كرابطة قانونية مركبة .

سمات الرابطة القانونية :

هى رابطة مستقلة :

لأنها تستقل من ناحية عن الدعوى ومن ناحية أخرى عن الحق الموضوعى .

فالرابطة الإجرائية لها شروط خاصة تختلف عن شروط الدعوى إذ بينما توجد الأولى دائما بتقديم الطلب ، فإن تقديم الطلب لا يعنى دائما وجود الحق فى الدعوى للمدعى .

والرابطة الإجرائية غير الرابطة الموضوعية محل النزاع – وتكون الثانية موضوع الأولى ، وتخضع الرابطة الإجرائية للقانون الاجرائى بينما تخضع الرابطة الموضوعية للقانون الموضوعى .

هى رابطة من القانون العام :

إذ ترمى إلى غرض عام هو تطبيق القانون على الحالة المعروضة ، ومصدرها قواعد تنظم مرفقا عاما (مرفق القضاء)

هى رابطة مركبة :

فهى لا تحوى حقا واحدا والتزاما واحدا ، وإنما تتضمن حقوقا والتزامات متعددة : فمن لحظة تقديم الطلب إلى حين انتهاء الخصومة تتوالى الروابط القانونية فى الخصومة .

تقييم النظرية :

لقد تعرضت هذه النظرية لهجوم كثير من الفقهاء الذين وجدوا فيها كثيرا من العيوب . وتتمثل عيوب هذه النظرية فى :

أنها تنظر للخصومة كأثر للمطالبة القضائية مع أن المطالبة القضائية عمل من أعمال الخصومة وهى العمل الأول فيها (راغب ص219)

أنها تريد أن تطلق على الخصومة تكييفا قانونيا معينا دون أن تحتفظ لهذا التكييف بمدلوله المعروف به فى القانون . فالرابطة القانونية – كما تعرفها النظرية العام للقانون – هى علاقة ينشئها القانون بين شخصين يمنحه احدهما سلطة وفرضه على الآخر واجبا يقابل هذه السلطة .

أنها تصور الخصومة كرابطة قانونية مع أن فكرة الرابطة القانونية تقتضى تقابل مراكز الأطراف اى أن يقابل حق الخصم إلزام الخصم الآخر أو القاضى . بينما المراكز الإجرائية فى الخصومة غير متقابلة .

وعليه فإن ما ينشأ بين الخصوم أو بينهم وبين القاضى ليس رابطة قانونية بالمعنى الدقيق وإنما مجرد علاقات تقوم بين مجموعة من الأشخاص تربطهم غاية معينة .

الخصومة عمل قانونى مركب

مضمون النظرية :

يرى أصحاب هذه النظرية أن الخصومة عمل تتابعه واحد يتكون من أعمال مختلفة يقوم ببعضها الخصوم وممثلوهم ويقوم ببعضها الآخر القاضى وأعوانه ، وهذه الأعمال تتابع يجب تجمعها وحدة زمنية منطقية تجعل كل من هذه الأعمال بيد وكنتيجة لسابقة ومقدمة لما يليه .

تعريف العمل التتابعى :

العمل التتابعى نوع من الأعمال المركبة . ففيه إذا تتضافر عدة أعمال بسيطة للوصول إلى اثر قانونى معين لا يستطيع واحد منها أن ينتجه وحده .

ولكن يتميز العمل التتابعى بأنه يتكون من عدة أعمال تتابع زمنيا ومنطقيا بحيث يعتبر العمل السابق مفترضا قانونيا أو منطقيا للقيام بالعمل الذى يليه وتؤدى جميعها إلى إنتاج اثر قانونى واحد يعتبر أثرا مباشرا للعمل النهائى . ولكن هذا العمل النهائى لا يستطيع وحده أن ينتجه بل تشترك الأعمال السابقة فى ذلك عن طريق غير مباشر .

.... ومن هذا يبدو ان العمل التتابعى يتميز بما يلى :

تتابع الأعمال التى يتكون منها : وهذا هو ما حدانا الى تسمية هذا النوع من الأعمال المركبة بالعمل التتابعى . وهذا التتابع يكون من الناحية الزمنية ومن الناحية المنطقية . والأعمال البسيطة التى تكون العمل التتابعى تكون سلسلة فيما بينها ، ويعتبر القيام بكل منها مفترضا للعمل الذى يليه ، بمعنى انه يؤدى إلى امكان أو وجوب القيام بالعمل التالى .

اتجاه هذه الأعمال الى غاية واحدة : تتجه الأعمال التى تكون عناصر العمل التتابعى إلى غاية واحد ، اى تنتج كلها أثرا قانونيا لا يستطيع الواحد منها منفردا أن ينتجه وحده . ولكن يلاحظ ان هذا لا يمنع من أن ينتج كل عمل منها أثارا قانونية خاصة به . على أن هذا الآثار القانونية تبقى غالبا وقتية معلقة على النتيجة النهائية التى يؤدى إليها مجموع الأعمال . ومن ناحية أخرى فإن بعض هذه الأعمال قد لا ينتج بمفرده اى اثر قانونى ، فيعتبر عملا مادى ، ولا يكون له كيان قانونى إلا باعتباره جزءا من العمل التتابعى . ومن هذا يتضح أن الأعمال التى تكون العمل التتابعى قد تكون إعمالا قانونية وقد تكون إعمالا مادية .

والأعمال التى تكون العمل التتابعى قد تصدر من شخص واحد ، كما أنها – وهو الغالب – قد تصدر من عدة أشخاص (فتحى والى في نظرية البطلان – مرجع سابق)

تقييم النظرية :

فقد تعرضت هذه النظرية أيضا لكثير من الخصوم والنقد وذلك لأنها :

لا تخضع الخصومة لنظام العمل القانونى ، فالقانون يرتب على العمل القانونى أثار قانونية معينة ولكنه يرتب على مخالفته للقانون بطلانه اى عدم إنتاجه لهذا الآثار.

والخصومة كوحدة لا ترتب بنائها أثرا قانونيا . فإذا انتهت بحكم فى الموضوع فان الآثار المترتبة على هذا الحكم ليست أثارا للخصومة بل آثارا للعمل القضائى .

كما أن الخصومة كوحدة لا تكون صحيحة أو باطلة إنما ترد حالة الصحة والبطلان على الإجراء القضائى فقط .

أن العمل القانونى المركب يجب أن يتكون من عدة أعمال متجانسة ومتكاملة . أما الخصومة فتتكون من أعمال مختلفة بل ومتناقضة .

نظريـــة العمل الإجرائي وطبيعتـــه

والآثـــار المترتبة على مخالفـــة

المواعيد الإجرائيـــة

تعريف العمل الإجرائى

والعمل الاجرائى : هو العمل القانونى الذى يرتب عليه القانون أثرا إجرائيا ، اى أثرا فى إنشاء الخصومة أو سيرها أو تعديلها أو انقضائها فيشترط فى العمل لاعتباره عملا إجرائيا توافر ثلاثة شروط ، أولها أن يكون عملا قانونيا اى عملا تترتب عليه آثار قانونية فيخرج منه الأعمال التى تكون مقدمه لاعمال قانونية ولكنها ليست كذلك كدراسة القاضى للقضية وترتب الكاتب لها فى جدول الجلسة وثانيها أن يرتب عليه القانون أثرا إجرائيا مباشرا يؤثر فى بدء الخصومة أو سيرها أو تعديلها أو إنهائها فإذا لم يكن كذلك لم يعتبر عملا إجرائيا ولو كان عملا قانونيا كقرار القاضى نظر الدعوى قبل دورها (نقض جنائى 1940/1/29 – م ق م – 180 – 115) ولو كان يرتب أثرا إجرائيا بطريق غير مباشر كالنزول عن الحق او النزول عن الدعوى (والى فى نظرية البطلان بند 30) ، وثالثها ان يكون جزءا من الخصومة التى يراد اعتباره عملا إجرائيا بالنسبة لها (قارن فتحى سرور فى نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية) فلا يعد عملا إجرائيا متى تم خارج نطاق هذه الخصومة ولو كان بقصد تقديمه فيها كطلب احد الوثائق من إحدى الهيئات الإدارية لتقديمه فى الخصومة إلا انه لا يشترط أن يتم أمام مجلس القضاء فقبول الحكم يعتبر عملا إجرائيا رغم وقوعه خارج مجلس القضاء (محمد كمال عبد العزيز المرافعات – والى)

.... فيشترط لاعتبار عمل ما عملا إجرائيا :

ان يكون عملا قانونيا : أى عملا تترتب عليه آثار قانونية . فلا تعتبر أعمال الذكاء المحضة التى تتم فى الخصومة أعمالا إجرائية ، ومثالها قيام القاضى بدراسة أوراق القضية أو دراسة الخصم أو محاميه لها لإعداد دفاعه ، إذ هذه الأعمال لا تترتب عليها آثار قانونية كذلك لا يعتبر عملا إجرائيا الأعمال التى وان تمت داخل الخصومة تعتبر سوى مقدمة ضرورية للقيام بأعمال قانونية ومثالها الحضور أمام القضاء تقديم التوكيل الى كاتب الجلسة ، المناقشة الشفهية للقضية (بغرض تقديم وسائل الدفاع) ، إيداع احد المستندات فى المحكمة (لتقديمه بعد ذلك كوسيلة إثبات) . كل هذه الأعمال ولو أن عدم القيام ببعضها قد يؤثر فى سير الخصومة فيؤدى مثلا إلى وقفها ، لا تعتبر أعمالا إجرائية ولا تسرى عليها القواعد العامة المتعلقة بهذه الأعمال .

أن يرتب القانون عليه أثرا إجرائيا مباشرا : يشترط فى العمل لكى يعتبر عملا إجرائيا أن تترتب عليه مباشرة آثارا إجرائية والأثر الاجرائى هو الأثر الذى يؤثر فى الخصومة ببدئها أو المشاركة فى سيرها أو فى تعديلها أو انتهائها . على انه يشترط أن يكون الأثر الاجرائى هو الأثر المباشر للعمل . ولذلك لا تعتبر الأعمال التى ترتب أثرا إجرائيا غير مباشر أعمالا إجرائية . ومثالها النزول.عن الحق المدعى به أو النزول عن الدعوى . فهذه الأعمال ولو انها قد تتخذ شكل عمل اجرائى ويقوم بها الخصم أثناء الخصومة إلا أنها لا تعتبر أعمالا إجرائية ، لان الأثر الاجرائى الذى يترتب عليها وهو انقضاء الخصومة ، ليس أثرا مباشرا لها . أى ليس هو الغاية المباشرة التى يهدف إليها من يقوم بالعمل . وإنما يترتب الأثر الاجرائى نتيجة لأثر موضوعى هو النزول عن الحق او عن الدعوى والواقع ان مثل هذه الاعمال تختلف عن الأعمال الإجرائية التى يقوم بها الخصم فى أن الأخيرة يقوم بها الشخص بصفته خصما ، اى بموجب السلطة التى يعطيها القانون الاجرائى للشخص باعتباره مدعيا أو مدعى عليه والتى له مستندا عليها القيام بأعمال معينة . بينما الأعمال الأولى يقوم بها الشخص بصفته الخاصة . أى مستندا على سلطته كشخص قانونى له القيام بأعمال قانونية .

ولهذا فإن الآثار المباشرة لهذه الأعمال لا يمكن أن تكون أثارا إجرائية وإنما قد ترتب مثل هذه الآثار بصفة غير مباشرة .

أن يكون العمل جزءا من الخصومة : فلا يكفى لاعتبار العمل إجرائيا أن يرتب أثارا إجرائية ، بل يجب أن يكون جزءا من الخصومة التى يراد أن يعتبر عملا إجرائيا بالنسبة لها . وهذا لا تعتبر أعمالا إجرائية تلك الأعمال التى تكون خارج الخصومة سواء تمت هذه الأعمال قبل بدء الخصومة لتقديمها أو للاحتجاج بها فى خصومة مستقبلة ، أو تمت أثناء خصومة قائمة للتمسك بها بعد ذلك فى هذه الخصومة . فهذه وتلك لا تعتبر أعمالا إجرائية ولو تمت من عضو فى الخصومة المستقبلة أو القائمة ، كما أنها لا تعتبر إجرائية ولو ترتب عليها آثارا إجرائية . (فتحى والى)

أمثلة للأعمال الإجرائية :

الأعمال الإجرائية متنوعة فى الخصومة منها ما يقوم بها القاضى مثل الحكم أو الأمر ومنها ما يقوم بها الخصوم أو وكلاؤهم مثل الطلبات على اختلاف أنواعها سواء أصلية أو عارضه والدفوع وإعلان الأوراق أو إعلان واقعة معينة أو أعمال متعلقة بالإثبات كالإقرار أو حلف اليمين . ومنها ما يقوم بها الغير كشهادة الشهود أو عمل الخبير .(محمد كمال عبد العزيز - مرجع سابق)

طبيعة العمل الاجرائى

رأينا فيما سبق أن العمل الاجرائى هو عمل قانونى وليس مجرد واقعة محضة .

ولكن السؤال الذى يطرح نفسه الآن هو يصدق على العمل الاجرائى وصف التصرف القانونى أم هو عمل قانونى بالمعنى الضيق ؟

فقد كان الفقه القديم يعتبر العمل الاجرائى تصرفا قانونيا لان كلاهما عمل ارادى يترتب عليه اثر قانونى .

إلا أن الفقه الحديث يرى أن الأعمال الإجرائية لا تعتبر تصرفات قانونية لان هذه الأعمال سواء كانت صادرة من القاضى أو من الخصوم او من الغير فهى لا تعتبر عن إرادة من اتخذها بقدر ما نغير عن إرادة القانون الذى حدد مقدما المقتضيات الشكلية والموضوعية لكل إجراء . وكذلك آثاره .

المواعيد الإجرائية وجزاء مخالفتها :

يقصد بمواعيد الإجراءات المواعيد التى حددها القانون لمباشرة إجراءات المرافعات .

..... وهى تنقسم الى ثلاثة أنواع :

أولها : المواعيد التى يتعين اتخاذ الإجراء فى خلالها وهى تنقضى اليوم الأخير منها ولذلك تسمى المواعيد الناقصة كما تسمى ظرفا مثل مواعيد الطعن فى الأحكام ، وثانيهما : المواعيد التى يجب انقضاؤها قبل امكان اتخاذ الإجراء فلا يجوز اتخاذه قبل انقضاء اليوم الأخير منها ولذلك تسمى مواعيد كاملة مثل مواعيد الحضور . وثالثها : المواعيد التى يتعين القيام بالإجراء قبل بدئها كميعاد تقديم الاعتراضات على قائمة شروط البيع فى التنفيذ على العقار (قارن مسلم بند 396 حيث يرى أن النوعين الثانى والثالث لا تعتبر بالمواعيد بالمعنى الصحيح)

وقد نصت المادة 15 مرافعات على أنه :

إذا عين القانون للحضور أو الحصول الإجراء ميعادا مقدار بالأيام أو الشهور ، أو بالسنين فلا يحسب منه يوم الإعلان أو حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجريا للميعاد ، أما إذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير فى الميعاد .

وينقضى الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه إذا كان ظرفا يجب أن يحصل فيه الإجراء .

وإذا كان الميعاد مقدار بالساعات كان حساب الساعة التى يبدأ منها والساعة التى ينقضى بها على الوجه المتقدم .

وتحسب المواعيد المعينة بالشهر او بالسنة بالتقويم الشمسي ما لم ينص القانون على غير ذلك .

فقد أورد المشرع فى هذه المادة القاعدة العامة التى تتبع فى احتساب المواعيد فيعمل بها والمواد التى تليها بالنسبة إلى جميع المواعيد وبالنسبة إلى سائر فروع القانون أيا كانت المادة التى تؤدى إلى زوال الحق فى اتخاذ الإجراء وأيا كانت البواعث والاعتبارات التى دعت إلى تحديد الميعاد ، ولا محل للتفرقة بين مواعيد السقوط ومواعيد التقادم إلا حيث ينص القانون على ذلك صراحة (راجع المدونة ج 2 بند 494 العشماوى بند 559 وما بعده)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر فى حساب المواعيد انه إذا كان الميعاد مقدر بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم الأمر المعتبر فى نظر القانون مجريا للميعاد فإذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد . وتتبع تلك القاعدة العامة التى أوردها المشروع فى المادة 15 من قانون المرافعات فى احتساب جميع المواعيد فى سائر فروع القانون كما تتبع أيضا فى حساب المدد والآجال على سبيل القياس ، فإذا كان الأجل محددا بالأيام أو بالشهور فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر مجريا للأجل ويبدأ الميعاد من نهاية ذلك اليوم وينتهى اليوم المماثل له فى الشهر الذى ينتهى فيه الأجل ، وإذا كان اجل الوقف ستة شهور قد بدأ بصدور الحكم بالوقف فى يوم 1973/1/20 فإنه يبدأ من نهاية ذلك اليوم وينتهى بنهاية اليوم المماثل له فى الشهر السادس اى بنهاية يوم 1973/7/20 ، ويبدأ ميعاد الثمانية أيام التالية لنهاية الأجل بيوم 1973/7/21 وينتهى بنهاية يوم 1973/7/28 ، وإذا كان إعلان صحيفة التعجيل للهيئة المطعون ضدها قد تم فى 1973/7/29 فانه يكون قد تم بعد انقضاء ميعاد الثمانية أيام التالية اجل الوقف " (1978/6/28 طعن 223 سنة 45 قضائية – 1985/12/3 طعن سنة 52ق – 1983/2/22 طعنت 193 سنة 48ق)

كيفية احتساب مواعيد الإجراءات :

لقد تناولت المادة 15 طريقة حساب الميعاد . ويستفاد منها أن الميعاد إذا كان مقدارا بالأيام أو الشهور او السنين فلا يحسب منه يوم التكليف أو التنبيه أو حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجريا للميعاد . فإذا كان الميعاد يبدأ مثلا من يوم صدور الحكم كمواعيد الطعن فى الأحكام . فلا يدخل فى حسابه اليوم الذى صدر فيه الحكم وإنما يبدأ حساب الميعاد من اليوم التالى له . وأسس هذه القاعدة بالساعة . ويعمل بهذه القاعدة سواء كان الميعاد كاملا أم ناقصا .

وينص القانون على تطبيق ذات القاعدة المتقدمة إذ كانت الميعاد مقدرا بالساعات ، ففى هذه الحالة يبدأ حسابه من تمام الساعة التى حصل فيها اعمل المعتبر فى نظر القانون مجريا الميعاد .

وتحتسب المواعيد المعينة بالشهر والسنة بالتقويم الشمسى ما لم ينص القانون فى غير ذلك (م 15) لأن هذا التقويم هو المتبع فى المعاملات فى الوقت الحاضر .

وإذا كان الميعاد محددا بالشهر ، فلا يحتسب الشهر مقدرا بالأيام (ثلاثين يوما أو واحد وثلاثون) وإنما يحتسب باعتباره شهرا كاملا . فإذا بدأ الميعاد مثلا فى يوم 8 فانه ينتهى بانقضاء يوم 7 من الشهر الذى ينتهى به الميعاد .

وينقضى الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه . فإذا كان ميعادا صح الإجراء بعد انقضائه . وإذا كان ناقصا وجب الإجراء قبل أن ينقض اليوم الأخير من الميعاد .

وإذا كان الميعاد مما يجب اتخاذ الإجراء فيه قبله ، فإن المشرع لا يحدد بدايته وإنما يحدد الوقت الذى منه يمتنع على الخصم اتخاذ الإجراء ، أى يحدد وقت انقضاء الميعاد . ولم يبين المشرع فى المادة 15 كيفية احتساب هذا الميعاد ، وإنما بإعمال القواعد العامة المشار إليها فى هذه المادة لا يحتسب اليوم المعتبر فى نظر القانون نهاية للميعاد ، فإذا كان الميعاد مثلا ثلاثة أيام قبل الجلسة كميعاد الاعتراض على قائمة شروط البيع (م422) فلا يحتسب يوم الجلسة وتحتسب ثلاثة أيام كاملة قبلها هى الميعاد المحدد فى القانون لعدم اتخاذ الإجراء – أى لعدم الاعتراض – ويكون الاعتراض جائزا قبلها . (أبو الوفا ص480 ، مرجع سابق)

تحديد بدء الميعاد :

القاعدة الأساسية فى تحديد بدء المواعيد على اختلاف أنواعها انه يحتسب اليوم الذى يقع فيه الأمر المعتبر فى نظر القانون مجريا للميعاد فبالنسبة إلى النوع الأول يتحسب من ميعاد الطعن مثلا يوم صدور الحكم أو يوم إعلانه الذى يجرى منه ميعاد الطعن مثلا يوم صدور الحكم أو يوم إعلانه الذى يجرى منه ميعاد الطعن بحسب الأحوال وبالنسبة إلى النوع الثانى لا يحتسب من ميعاد التكليف بالحضور مثلا يوم حصول الإعلان وبالنسبة إلى النوع الثالث لا يحتسب من ميعاد الاعتراض على قائمة شروط البيع مثلا اليوم المحدد لنظر الاعتراضات فإذا كانت الجلسة محددا لها يوم 10 يناير لا يحتسب هذا اليوم وتحتسب أيام 9 ، 8 ، 7 فيكون آخر موعد لتقديم الاعتراضات هو يوم 6 يناير (1952/11/10 – م نقض م – 4 – 117) ويعمل بهذه القاعدة سواء كان الميعاد مقدرا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين كما يعمل بها إذا كان مقدرا بالساعات فلا تحسب الساعة التى وقع فيها الأمر المعتبر مجريا للميعاد .

وقد قضت محكمة النقض على انه " إذا كان ميعاد الطعن يبدأ من تاريخ صدور الحكم فلا يحتسب ضمن الميعاد يوم صدور الحكم (1957/4/4 - م نقض م – 8- 394 – 1970/6/25 – م نقض م – 21 – 1079)

يستثنى من أحكام المواعيد الحالة التى ينص فيها المشرع على أن يحتسب ضمن الميعاد اليوم الذى يجرى منه هذا الميعاد كالشأن فى الميعاد الذى تحدده المحكمة لإجراء التحقيق عملا بالمادة 71 من قانون الإثبات :

فقد قضت محكمة النقض بأن " مفاد ما تقضى به الفقرة من المادة 71 من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 من أنه يجب أن يبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالإثبات ، اليوم الذى يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذى يجب أن يتم فيه ، والمادة 75 منه انه لا يجوز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم ، أن الميعاد الذى تحدده المحكمة لإجراء التحقيق خلاله تطبيقا لهاتين المادتين لا علاقة له بمواعيد المرافعات ، باعتبارها الآجال التى يحددها القانون لمباشرة إجراءاتها وإذ أوضح حكم الإثبات الذى أصدرته محكمة أول درجة أن اليوم المقرر التحقيق هو 3 من يناير 1972 فإن هذا اليوم ينبغى احتسابه ضمن الميعاد لان من الجائز سماع الشهود وإجراء التحقيق فيه بالذات وتكون نهاية الشهود الثلاثة المحددة لإجراء التحقيق خلالها هو يوم 2 من يناير سنة 1972 لا اليوم التالى (1975/11/19 طعن 13 سنة 43ق)

كما يستثنى من حكم المادة الميعاد غير المعين للحضور او حصول اجراء كمدة وقف الدعوى اتفاقا :

فقد قضت محكمة النقض بأنه " مدة وقف الدعوى بناء على اتفاق الخصوم إعمالا لنص المادة 128 من قانون المرافعات لا تعتبر ميعادا من قبيل المواعيد التى عالجها المشرع فى المادة 15 من قانون المرافعات بقوله " إذا عين القانون للحضور أو الحصول الإجراء ميعادا ..." فالميعاد الذى عناه الشارع فيها هو ذلك الذى يعنيه القانون للحضور أو لحصول الإجراء ، وإذا كانت مدة الوقف الاتفاقى يحددها الخصوم أنفسهم حسبما يتراءى لهم وليس فى تدخل المشرع بوضع حد أقصى لها ما يضفى عليها وصف الميعاد قائما هدفه من ذلك الا يصبح الوقف وسيلة تعطيل ، وإطالة . وقد أكد هذا النظر حينما عبر عن الوقف فى الفقرة الثانية من المادة 128 بكلمة " الأجل " كما يؤكد ما هو مقرر من أن قرار باتفاق الخصوم لا يجوز حجية فيجوز لأى من الخصوم تعجيل الدعوى دون أن يكون للطرف الآخر حق الاعتراض فان ميعاد الثمانية أيام الذى حدده المشرع لتعجيل الدعوى يبدأ من نهاية اجل الوقف ولو صادف عطلة رسمية " (1978/6/28 – م نقض م – 29 – 1588) . (محمد كمال عبد العزيز)

امتداد مواعيد الإجراءات :

هناك سببان لامتداد مواعيد الإجراءات وهما :

1 - العطلة الرسمية :

فقد نصت المادة 18 مرافعات على انه " إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها .

والعبرة بالعطلة الرسمية التى تقررها السلطات المختصة فى الدولة (م 7 مرافعات) ، ولا عبرة بما يحدده المراد إعلانه من عطله بإرادته ، فيجوز إعلانه فيها ولا يملك التمسك بالبطلان . ومن ثم فيجوز الإعلان يوم الأحد ولو كان المراد إعلانه يتخذ هذا اليوم عطلة له . (نقض 1989/1/18 رقم 8 ص259)

يمتد الميعاد سواء كان كاملا أو ناقضا دون الميعاد الذى يجب اتخاذ الإجراء قبله ، (راجع المدونة ج2 بند 563) ، وساء كان طويل الأجل أو قصير الأجل وسواء كان ميعاد سقوط أو تقادم ، وسواء كان مقدرا بالأيام أو بالشهور أو بالسنة ، وإن اختلف فى كيفية الامتداد بالنسبة للميعاد المقدر بالساعات فذهب رأى إلى انه يمتد إلى الساعة المماثلة فى اليوم التالى (أبو الوفا فى نظرية الأحكام ص 108) وذهب رأى آخر إلى انه يمتد إلى الساعة الأولى من ساعات العمل فى أول يوم عمل (المدونة ج 2ص 107) فى حين ذهب رأى ثالث إلى انه يمتد إلى يوم عمل فلا ينتهى إلا بانتهاء هذا اليوم (1957/3/21 – م نقض م – 8 – 259)

2- المسافـــة :

فتنص المادة 16 مرافعات على انه : إذا كان الميعاد معينا فى القانون للحضور ، أو لمباشرة إجراء فيه زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كيلو مترا بين المكان الذى يجب الانتقال منه والمكان الذى يجب الانتقال إليه ، وما يزيد من الكسور على الثلاثين كيلو مترا يزاد له يوم على الميعاد ، ولا يجوز أن يجاوز ميعاد المسافة أربعة أيام .

ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوما بالنسبة من يقع موطنه فى مناطق الحدود .

والغاية من إضافة ميعاد المسافة إلى المواعيد هو تحقيق العدالة على الوجه الإكمال يمنح من يبعد موطنه عن المكان الذى يتعين فيه الحضور أو اتخاذ إجراء فيه ، ميعادا يستنفذه فى قطع هذه المسافة حتى لا يضيع عليه جزء من ميعاده الأصلي فى قطع المسافة المتقدمة .

والعبرة فى احتساب ميعاد المسافة يكون ببعد موطن صاحب الشأن عن المحكمة التى اختار أن يتخذ الإجراء فيها ، ولو كان يجوز له إجراؤه بالمحكمة التى موطنه بدائرتها فلو كان موطن المحكوم عليه من محكمة استئناف الإسكندرية يقع بمدينة الإسكندرية واختار أن يودع صحيفة الطعن بالنقض ، بقلم كتاب محكمة النقض بدلا من إيداعها قلم كتاب محكمة استئناف الإسكندرية وذلك عملا بالمادة 253 مرافعات التى تنص على أن يرفع الطعن بالنقض بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ،

فانه يتعين إضافة ميعاد مسافة وفى ذلك تقول محكمة النقض : " لما كان يجوز للشركة الطاعنة طبقا للمادة 253 مرافعات أن تودع صحيفة الطعن قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أن مقر هذه الشركة بمدينة الإسكندرية فانه يجوز لها وقد اختارت أن تودع صحيفة الطعن قلم كتاب محكمة النقض أن تضيف إلى الميعاد المحدد للطعن بإنقاص ميعاد مسافة بين مقرها بالإسكندرية ومقر محكمة النقض بالقاهرة ، ولما كانت المسافة بين مدينتى الإسكندرية والقاهرة تزيد على مائتى كيلو متر مما يتعين معه إضافة ميعاد مسافة قدرة أربعة أيام طبقا لنص المادة 16 من قانون المرافعات فيكون الطعن بعد إضافة هذا الميعاد قد رفع فى الميعاد القانونى " (1974/10/29 طعن 393 سنة 39 قضائية – م نقض م – 25 – 1169 – 1979/4/25 طعن 392 سنة 46 قضائية – م نقض م – 30 العدد الثانى – 187 – 1980/12/20 طعن 1075 سنة 47 قضائية – م نقض م – 31 – 2073 – 1986/2/23 طعن 2275 سنة 52 قضائية) وإذ يعتبر مقر الوكيل الملاحى للسفينة التى تباشر نشاطها فى مصر ، موطنا لمالكها ومجهزها (يراجع التعليق على المادتين 10 و 13) فيضاف ميعاد مسافة للأصيل ما بين هذا الموطن والمحكمة التى اتخذ فيها الإجراء دون نظر لموطنه فى الخارج (1980/4/4 طعن 557 سنة 39 قضائية وتسرى قواعد إضافة ميعاد مسافة على مواد الأحوال الشخصية (1981/12/26 طعن 6 سنة 51 قضائية)

ويحتسب ميعاد المسافة وفقا لما ورد فى النص بواقع زيادة يوم واحد لكل خمسين كيلو مترا أو لما يزيد من الكسور على الثلاثين كيلوا مترا ، وبحيث لا يجاوز مجموع ما يزيد على الموطن الأصلي أربعة أيام فإذا كانت المسافة بين المكان الذى يجب الانتقال إليه والمكان الذى يجب الانتقال إليه اقل من خمسين كيلو مترا لم يضف الى الميعاد أية زيادة ، وإذا زادت على الخمسين كيلو مترا أو مضاعفاتها بما لا يجاوز ثلاثين كيلو مترا أضيف يوم لكل خمسين كيلو مترا دون نظر إلى الزيادة أما إذا كانت الزيادة على الخمسين كيلو مترا ومضاعفاتها تجاوز الثلاثين كيلو مترا فيضاف يوم مقابل هذه الزيادة فلو كانت المسافة 185 كيلو مترا مثلا كان ميعاد المسافة أربعة أيام فإن كانت 180 كيلو مترا كان ميعاد المسافة ثلاثة أيام فقط ، وبالنسبة إلى مناطق الحدود يكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوما

وذلك إذا كان المكان الذى يجب الانتقال إليه خارج منطقة الحدود وأيا كان موقعها ، أما إذا وقع المكان الذى يجب الانتقال إليه داخل المنطقة نفسها فلا يضاف ميعاد مسافة . وتقتصر إضافة ميعاد مسافة على المسافة بين البلدين دون اعتداد بالمسافة داخل البلد الواحد فلا يقيد بالمسافة بين المحطة والموطن أو المحكمة (1959/4/23 – م نقض م 10 – 373)

وميعاد المسافة يضاف إلى الميعاد الأصلي ويتكون من مجموعها ميعاد واحد متصل ، وينبنى على ذلك انه إذا صادف اليوم الأخير من الميعاد الأصلي عطلة رسمية فلا يمتد الميعاد متى كانت نهاية الميعادين مجتمعتين تقع بعد العطلة . وبعبارة أخرى ، يتكون من الميعاد الأصلي ميعاد المسافة وحدة متواصلة الأيام . (نقض 1987/4/23 رقم 2436 سنة 52ق)

ويتعلق ميعاد المسافة على هذا النحو بالنظام العام بحيث يتعين على المحكمة إعماله من تلقاء نفسها ، فإذا قضت بسقوط الحق فى الاستئناف لرفعه بعد الميعاد الأصلي للاستئناف دون أن تضيف إليه ميعاد المسافة الواجبة إضافته عن المسافة ما بين موطن المستأنف أمام أول درجة ومقر المحكمة التى أودعت بها صحيفة الاستئناف ، كان حكمها مخطئا فى تطبيق القانون وفى ذلك تقول محكمة النقض : " إذا كان الطاعنان يقيمان بالإسكندرية حيث تم إعلانهما بأمر التقدير وكان استئناف الأمر المذكور يقتضى انتقالهما أو من ينوب عنهما من محل إقامتهما بالإسكندرية الى مقر محكمة استئناف القاهرة لاتخاذ إجراءات الاستئناف وكانت المسافة بينهما تزيد على 200 كيلو متر فإن من حقهما أن يستفيدا من ميعاد المسافة الذى نصت عليه المادة 16 من قانون المرافعات فى فقراتها الأولى وإضافة أربعة أيام إلى ميعاد الاستئناف الأصلي ، وكان يتعين على محكمة الاستئناف مراعاة إضافة هذا الميعاد من تلقاء نفسها بحيث يلتحم بالميعاد الأصلي فيكون هو والأصل وحده متواصلة الأيام " (1987/4/23 طعن 2436 سنة 52 قضائية – م نقض م – 38 – 598)

فنلاحظ أن المادة 16 من قانون المرافعات قد عينت بتحديد مواعيد المسافة لمن يكون موطنهم فى مناطق الحدود وذلك رعاية لظروفهم الخاصة .

ثم جاءت المادة 17 من ذات القانون لتحدد مواعيد المساحة لمن يكون موطنهم خارج جمهورية مصر العربية حيث نصت على أن : ميعاد المسافة لمن يكون موطنه فى الخارج ستون يوما .

ويجوز بأمر قاضى الأمور الوقتية إنقاص هذا الميعاد تبعا لسهولة المواصلات وظروف الاستعجال ويعلن هذا الأمر مع الورقة .

ولا يعمل بهذا الميعاد فى حق من يعلن لشخصه فى الجمهورية أثناء وجوده بها إنما يجوز لقاضى الأمور الوقتية أو للمحكمة عند نظر الدعوى أن تأمر بمد المواعيد العادية أو باعتبارها ممتدة على ألا يجاوز فى الحالين الميعاد الذى كان يستحقه لو أعلن فى موطنه فى الخارج .

وهكذا نجد أن المادتان 16 ، 17 من قانون المرافعات وضعتا القواعد العامة فى مواعيد المسافة ضمن المتعين إضافتها إلى سائر المواعيد التى يذكرها قانون المرافعات.

أى أن ميعاد المسافة يضاف إلى الميعاد الأصلي ويتكون من مجموعها ميعاد واحد متصل ويبنى على ذلك انه إذا صادف اليوم الأخير من الميعاد الأصلي عطلة رسمية فلا يمتد الميعاد متى كانت نهاية الميعاد من مجمعتين تقع بعد العطلة .

مدى سريان أحكام الوقف والانقطاع على مواعيد المرافعات :

تختلف مواعيد المرافعات أو المواعيد الإجرائية على اختلاف أنواعها ، عن مدد التقادم ، فى أنها تتعلق بعمل إجرائي يتم وفقا لسلطة إجرائية اى سلطة نشأت أثناء الخصومة وبسببها ، أما مدد التقادم فهى تتعلق بالحق فى الدعوى (والى بند 228 - نبيل عمر فى سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء بند 57 وراجع منه بند وما بعده دراسة تفصيلية لمواعيد السقوط والتفرقة بينها وبين مواعيد التقادم والمعايير التى قبل بها فى هذا الصدد) وقد يتولى القانون تحديد الميعاد الإجرائي وقد يخول ذلك للقاضى كما قد يخول الخصوم الاتفاق على ميعاد معين (والى بند 228) وإذ كان التقنين المدنى قد تعرض بالتنظيم لأحكام انقطاع مدد التقادم المسقط ووقفها (المواد 382 حتى 384 من التقنين المدنى) فان قانون المرافعات لم يتعرض لذلك بالنسبة إلى المواعيد الإجرائية مما أثار الجدل فى شأنها .

وابتداء فانه لا محل للقول بالانقطاع أو الوقف بالنسبة للمواعيد التى يجب انقضاؤها قبل إمكان اتخاذ الإجراء أو المواعيد التى يتعين القيام بالإجراء قبل بدئها . وينحصر البحث فى المواعيد الناقصة اى التى يتعين أن يتخذ الإجراء خلالها وعلى الأخص مواعيد السقوط اى التى يسقط الحق فى اتخاذ الإجراء إذا فات الميعاد المحدد له (يراجع فى نظرية السقوط اى سقوط الحق الإجرائي . (نبيل عمر فى سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء – والى فى البنود 256- 258)

فبالنسبة إلى وقف مواعيد السقوط بسبب نقض الأهلية أو الغيبة فتنص الفقرة الثانية من المادة 382 من التقتين المدنى على أن مدة التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات لا تسرى فى حق القاضى ممن لا تتوافر له الأهلية أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله ، وواضح من النص أن مدة التقادم التى تزيد على خمسة سنوات تسرى فى حق القاصر سواء كان له من يمثله أو لم يكن له من يمثله (يراجع التعليق على المادة المذكورة فى كتابنا التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه) وإذ كانت مواعيد السقوط من المواعيد القصيرة فانه لا يكون هناك محل للقول بوقفها بسبب القصر أو الحجر أو الغيبة أو الحكم بعقوبة جنائية (العشماوى بند 592 وقارن نبيل عمر فى سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء بند 93 حيث يرى وقف الميعاد فى حق القاصر أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له من يمثله من ولى أو وصى أو قيم أو وكيل)

ويلاحظ فى هذا الصدد ما تنص عليه المادة 132 مرافعات ، من انه يترتب على انقطاع سير الخصومة وقف جميع مواعيد المرافعات التى كانت جارية فى حق الخصوم وبطلان جميع الإجراءات التى تحصل أثناء الانقطاع .

وبالنسبة إلى وقف مواعيد السقوط بسبب قيام مانع يحول دون اتخاذ الإجراء :

فقد قيل بأن مواعيد السقوط تسرى فى حق الكافة ولا يرد عليها أسباب الوقف أو الانقطاع (1953/1/8 – م نقض م – 4- 394) ولكن اعتبارات العدالة دفعت إلى الإجماع على أن مواعيد السقوط تقف بالقوة القاهرة التى لا إرادة للخصم فيها وتمنعه من القيام بالعمل الإجرائي فى الميعاد المحدد له ويستمر وقف سريان الميعاد ما بقى ذلك الطارئ قائما ومانعا من اتخاذ الإجراء (نبيل عمر فى سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء بند 92 – والى بند 228 – سيف بند 393 – أبو الوفا ص512 – العشماوى بند 592 – ويراجع 1951/4/5 – م نقض م – 2 – 358)

ثم جرى قضاء محكمة النقض على وقف الميعاد كلما وجد مانع يحول دون اتخاذ الإجراء فى خلال الميعاد ويقصد بالمانع العذر الشرعى الذى يحول دون المطالبة بالحق يمنع صاحبة منعا كليا من استعماله ، إذ لا يمكن مع قيام هذا العذر أن ينسب إلى صاحب الحق أى تقصير (نبيل عمر بند 92 – د /آمال الفزايرى فى مواعيد المرافعات ص 256 – 1962/4/26 – م نقض م – 13 – 506 –1965/3/3 – م نقض م – 16- 329 – 1984/4/4 طعن 47 سنة 50 قضائية) وقد أكدت ذك الهيئة العامة للمواد المدنية بمحكمة النقض فقضت بأن " مواعيد سقوط الخصومة وانقضائها المنصوص عليها فى المادتين 134 ، 140 مرافعات تعتبر مواعيد تقادم مسقط لإجراءات الخصومة فيسرى فى شأنها ما يسرى على مدى التقادم المسقط من وقف انقطاع تطبيقا للمبادئ العامة الأساسية فى شأن التقادم المسقط وهى مبادئ مقرره كأصل عام فى التشريعات الإجرائية أسوة بالتشريعات الموضوعية " ويتحقق سبب وقف الميعاد بقيام مانع مادى يتمثل فى وقوع حدث يعد من قبيل القوة القاهرة ويستحيل معه على الخصم موالاه السير فى الخصومة ، أو فى مانع قانوني يحول دون مباشرة إجراءات الخصومة ومواصلة السير فيها (1988/3/2 طعن 960 سنة 56 قضائية – 1985/5/16 طعن 993 سنة 51 قضائية –1957/12/5 – م نقض م – 8 – 1693 – يراجع التعليق على المادتين 134 ، 140) ولا يعتبر الجهل بالحق فى اتخاذ الإجراء مانعا من سريان ميعاد السقوط (1962/2/24- م نقض م – 17 – 425 فى شأن التقادم المسقط) وإذا طرأ سبب الوقف بعد الميعاد وقف الميعاد حتى يزول ثم يستكمل سيره ، وإذا طرأ قبل بدء الميعاد فلا يبدأ الميعاد إلا من تاريخ زواله أما إذا رفع بعد انقضاء الميعاد فلا يكون له اثر. (نبيل عمر فى سقوط الحق في اتخاذ الإجراء بند 95 – راغب ص 377) ويقتصر الحق فى التمسك بوقف الميعاد على من تقرر لصالحه دون غيره من الخصوم (نبيل عمر فى المرجع السابق بند 95) ولا يترتب على زوال السبب وقف الميعاد بدء ميعاد جديد ، وإنما تضاف المدة السابقة على قيام سبب وقف الميعاد إلى المدة التالية لزوال هذا السبب ليتكون منهما ميعاد واحد (1964/11/19 – م نقض م – 15 – 1050)

وبالنسبة إلى انقطاع مواعيد السقوط فقد ذهب رأى إلى أن مواعيد السقوط لا يسرى عليها أسباب الانقطاع . (نبيل عمر فى السقوط فى الحق فى اتخاذ الإجراء بند 88)

ولكن قضاء محكمة النقض جرى على خضوع المواعيد الإجرائية (يراجع حكم الهيئة العامة للمواد المدنية جلسة 1988/3/2 طعن 960 سنة 56 قضائية – م نقض م – 35 – 26)

جزاء فوات الميعاد :

يترتب على فوات الميعاد دون اتخاذ الإجراء خلال سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ولو لم ينص القانون على هذا الجزاء صراحة لان عدم حصول الإجراء فى الميعاد المحدد له قانونا يفوت الغاية من تحديد الميعاد (سيف بند 393 أو المواعيد التى يتعين انقضاؤها قبل اتخاذ الإجراء أو المواعيد التى يتعين اتخاذ الإجراء قبل مدتها ، فإنه يترتب على مخالفتها جزاء عدم القبول (سيف بند 393) .

تعيب العمل الإجرائي وجزاء ذلك

فقد وضع المشرع قواعد معينة للعمل الإجرائي يجب إتباعها ويترتب على مخالفتها بطلان الإجراء كما أن هناك مواعيد محددة لاتخاذ الإجراءات ومخالفة هذه المواعيد يترتب عليها سقوط الحق فى اتخاذها اى أن الجزاء المترتب على تعيب العمل الإجرائي أما أن يكون البطلان وأما أن يكون السقوط .

لذا سنتناول كل من البطلان والسقوط بشئ من التفصيل على النحو التالى :

البطـــــلان

يكون البطلان الإجراء باطلا إذ نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء .

ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء . (المادة 20 مرافعات) أي أن الأجراء لا يكون باطلا إلا بتوافر شرطين أساسيين هما :

أن يكون هناك عيب (عدم تطابق بين العمل ونموذجه القانونى)

أن يؤدى هذا العيب إلى عدم تحقق الغاية من الشكل .

إلا انه لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه صراحة وذلك إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء .

فالمشرع قد فرق بين حالة البطلان الذى يقرره القانون بعبارة صريحة منه وحالة عدم النص عليه فإذا نص القانون على وجوب إتباع شك معين أو أوجب أن تتضمن الورقة بيانا معينا وقرر البطلان صراحة جزاء على عدم احترامه ، فان الإجراء يكون باطلا ، وليس على من تقرر الشكل مصلحته من الخصوم إلا أن يثبت تحقق العيب ويتمسك بالبطلان . على أن المشرع قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينه فى الخصومة ، فالقانون عندما يتطلب شكلا معينا فإنما يرمى إلى تحقيق غاية تحققها توافر هذا الشكل أو البيان . وإذا ثبت تحقيق الغاية رغم تخلف هذا الشكل أو البيان ، فإن من التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان ويقع على عاتق من يحصل التمسك ضده بالبطلان عبء إثبات أن الشكل أو البيان رغم تخلفه قد حقق الغاية منه . فإذا اثبت هذا فلا يحكم بالبطلان .

وبهذا عدل المشروع عما يفهم من القانون الحالي من أن البطلان المنصوص عليه إجباري يجب على القاضي الحكم به دائما . وهو عدول يتجه به المشرع إلى مسايرة التشريعات الحديثة التى بدأها المشرع فى فرنسا بقانون 12 يناير سنة 1933 وبالرسوم بقانون 30 أكتوبر سنة 1935 واشترط فيهما تحقق ضرر بالخصم للحكم بالبطلان رغم النص صراحة عليه . وأيده المشرع الإيطالي سنة 1940 بصورة اعم بنصه فى المادة 156 من مجموعة المرافعات الإيطالية على إلا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا حقق الإجراء الغاية منه .

وهذا الاتجاه الحديث فى التشريعات أيدته بعض أحكام القضاء للمصري وبعض الفقه فى مصر . وهو اتجاه يستق فى مصر مع الأخذ بمبدأ نسبة الحقوق الذى يعنى أن الحق ليس غاية فى ذاته إنما هو وسيلة لتحقيق غاية معينة ، ولهذا فانه إذا نص القانون على البطلان وتحقق عيب فى الإجراء فنشأ عنه حق للشخص فى التمسك بالبطلان فان هذا الحق إنما يقصد بإعطائه لصاحبه ضمان تحقيق الغاية من القاعدة المخالفة . فإذا تمسك صاحب الحق بالبطلان رغم تحقق الغاية من الشكل أو أبيان المطلوب ، فانه يعتبر استعمالا غر مشروع للحق ، لأنه لا يتمسك به بقصد تحقيق الغاية التى أعطى الحق من اجلها إذ الغاية قد تحققت . (محمد كمال عبد العزيز ص233 مرجع سابق)

ومما تقدم يبدو بوضوح أن الشكل ليس هو الإجراء ، ذلك أن الإجراء او العمل الإجرائي هو عمل قانونى يجب أن تتوافر فيه شروط معينة من بينها الشكل الذي يحدده القانون وقد رأى القانون كما سلف انه إذا نص قانون صراحة على البطلان فان معيار الحكم بالبطلان من عدمه يكون بالنظر إلى الشكل أو البيان فى الإجراء . والبيان ليس سوى شكل من أشكال العمل فلا يكفى لعدم الحكم بالبطلان مجرد إثبات تحقق الغاية من الإجراء بل يجب إثبات تحقق الغاية من الشكل وتطبيقا لذلك إذ ينص المشرع فى القانون على انه يجب أن تتضمن ورقة المحضرين عدة بيانات كل بيان يرمى إلى تحقيق غاية معينة (المادة 9 من القانون) وينص على البطلان صراحة جزاءا لتخلف هذه البيانات (المادة 19) فإنه إذا أعلنت ورقة محضرين لم تشتمل مثلا تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التى حصل فيها الإعلان واشتملت على البيانات الأخرى ، ووصل الإعلان إلى المعلن أبه . فلا ينظر الى الغرض من الإعلان وهو أيضا واقعة معينة إلى علم المعلن إليه . وإنما ينظر إلى بيانات الورقة . فإذا تبين أن التاريخ الذى حصل فيه الإعلان يؤدى وظيفة معينة فى هذا النوع من الإعلان الذي حدث كما لو إعلانا يبدأ به ميعاد طعن ، فإن الإعلان يكون باطلا لعدم تحقق الغاية من بيان التاريخ . أما إذا كان التاريخ ليس له هذه الوظيفة فى الإعلان الذى حدث كما لو كان إعلانا لا يجب تمامه فى ميعاد معين ولا يبدأ به اى ميعاد فلا يحكم بالبطلان من ناحية أخرى ، إذ فرض ولم يشتمل الإعلان على بيان اسم المحضر فانه لا يحكم بالبطلان إذا كان المحضر قد وقع على الإعلان ذلك أن الغرض من بيان اسم المحضر هو التثبيت من أن الإعلان قد تم على يد موظف مختص بإجرائه ،

ويغنى عنه إمضاء المحضر . فإذا لم تشتمل الورقة لا على اسم المحضر ولا على إمضائه ، فإن الإعلان يكون باطلا ولو وصل إلى المعلن إليه وظيفته مستوفيا مهما حدث النقص فيه ما دام تحقق الغرض منه وهو تعيين شخصية المعلن أو المعلن إليه " . (عبد الحميد الشواربى ص460 مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " النص فى المادة 20 من قانون المرافعات على انه " يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء- ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء " يدل – وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية فى خصوص هذه المادة – أن المشرع قرر التفرقة بين حالة البطلان الذى يقرره القانون بعبارة صريحة منه وحالة عدم النص عليه ، فإذا نص القانون على وجوب إتباع شكل معين أو أوجب أن تتضمن الورقة بيانا معينا وقرر البطلان صراحة لجزاء على عدم احترامه ، فان الإجراء يكون باطلا – وليس على من تقرر الشكل لمصلحته من الخصوم إلا أن يثبت تحقيق غاية معينة فى الخصومة ، فالقانون عندما يتطلب شكلا معينا أو بيانا معينا قائما يرمى الى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشكل أو البيان ، فان من بين التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان ومؤدى ذلك أن ربط شكل الإجراء بالغاية منه إنما يستهدف جعل الشكل أداة نافعة فى الخصومة ، وليس مجرد قالب كالشكليات التى كانت تعرفها بعض القوانين القديمة ، هذا إلى أن الشكل ليس هو الإجراء ، ذلك أن الأجزاء أو العمل الإجرائي هو عمل قانونى يجب أن تتوافر فيه شروط معينة من بيانها الشكل الذى يحدده القانون – وترتيبا على ما تقدم فانه إذا أوجب القانون توافر الشكل أو بيان فى الإجراء فإن مناط الحكم بالبطلان هو التفطن الى مراد المشرع من هذه البيانات وما يستهدفه من تحقيق غاية معينة . (1980/5/10 – م نقض م – 31 – 1325) كما قضت بأنه " لئن كان الشكل أو للبيان وسيلة لتحقيق غاية معينة فى الخصومة وكان لا يقضى بالبطلان ولو كان منصوصا عليه ، إذا اثبت المتمسك ضده به ، تحقق الغاية عملا بالفقرة الثانية من المادة 20 مرافعات ، إلا أن التعرف على الغاية من الشكل او البيان وتحديد ماهية هذا الغاية ، مسألة قانونية يتعين على محكمة الموضوع التزام حكم القانون بشأنها فإذا أجنحت عنها إلى غاية أخرى وانتهت فى حكمها إلى ثبوت تحقق الغاية ورتبت على ذلك رفض القضاء بالبطلان لتحقق الغاية فان حكمها يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون (1983/4/10 طعن 1728 – سنة 49 ق – م نقض م – 33 – 921)

كما قضت بان النص فى الفقرة الثانية من المادة 20 من قانون المرافعات مفاده أن المشرع قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة من توافر هذا الشكل أو البيان ، فإذا ثبت تحقق الغاية رغم تخلف الشكل أو البيان فإنه من التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان (1986/2/20 طعن 1184 سنة 52 ق – م نقض م – 37 الجزء الأول – 246)

وقضت أيضا بأنه " إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يعدو أن يكون من أوراق المحضرين ، يسرى عليه ما يسرى على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها فى قانون المرافعات ، والنص فى الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون المشار إليه على انه " لا حكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء " وفى المادة 22 منه على أن " يزول البطلان إذ نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام مفاده أن المشرع وعلى ما أوضحته المذكرة الإيضاحية – قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة فالقانون عندما يتطلب شكلا معينا فإنما يرمى إلى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشكل أو البيان ، وإذا ثبت تحقق الغاية رغم تخلف هذا الشكل أو البيان فان من التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان ، كما رأى المشرع أن يجيز لمن شرع البطلان لمصلحته أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا إلا إذا تعلق بالنظام العام (1977/3/1 طعن 569 لسنة 43ق – م نقض م – 28 – 705 – 1985/1/29 طعن 2184 لسنة 51ق – 1986/6/3 طعن 1269/1252 سنة 52 ق –م نقض م – 37 – 643)

فالمقصود إذن هو الغاية الموضوعية المجردة ، أى التى قصد الشارع الى تحقيقها فيتعين النظر إلى الغاية – فى معرض قيام موجب البطلان – كوظيفة للشكل حسبما قصد القانون من تقريره دون نظر للغاية الشخصية التى قد يستهدفها القائم بالعمل.

ومن قضاء محكمة النقض فى عدم تحقق الغاية ما قضت به من أن حضور محامى الخصم بعد تعجيل السير فى الدعوى من الشطب بعد الميعاد لا يسقط حقه فى التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن مادام هو لم يتكلم فى الموضوع (1981/11/19 طعن 1136 سنة 48 قضائية – م نقض م – 23 – 2058) وان الحضور فى الزمان والمكان المعينين فى ورقة الإعلان يمنع من التمسك بتعييب الإعلان لخلو الورقة من بيان تاريخ الإعلان ووقت حصوله واسم المحضر الذى باشر الإعلان وتوقيعه (1977/12/7 – م نقض م – 28- 1759) حضور الخصم لا يتحقق به الغاية مما أوجبته المادة 151 من قانون الإثبات على الخبير من وجوب إعلانه الخصوم بإيداعه تقريره طالما لم يقم قلم الكتاب بذلك (1983/2/17 طعن 808 سنة 48 قضائية) ويبطل الطعن بالنقض إذا رفع من محام غير مقبول للمرافعة أمام محكمة النقض ، ولا تتحقق الغاية مما أوجبه المشرع. فى هذا الشأن بتوكيل محام مقبول أمام محكمة النقض أو الإقرار بأنه الذى حرر الصحيفة فعلا (1971/12/8 – م نقض م – 22 – 1005) وحضور المدعى أو المستأنف الذى لم يعلن بصحيفة الدعوى أو الاستئناف خلا ثلاثة شهور من إيداع الصحيفة قلم الكتاب لا تتحقق به الغاية من هذا الإجراء فلا يمنعه من التمسك باعتبار الدعوى أو الاستئناف كأن لم يكن (1975/12/30 – م نقض م – 26- 1735)

البطــلان والانعـــدام

الانعدام لا يصحح بالحضور أو بالتكلم فى الموضوع أو بحجية الشئ المحكوم به ، ولا يصحح مهما طال عليه الأجل ، ويثبت متى فقد الإجراء ركنا أساسيا من أركان انعقاده (لا صحته) وبغير حاجة إلى نص يقرره وبغير حاجة إلى إثبات ضرر أصاب المتمسك به .

والمعدوم لا تلحقه أية حصانة ، ولا يزول عنه عيبه بفوات ميعاد الطعن فيه ، ولا يغلق بصدده أى سبيل للتمسك بانعدامه ، فمن الجائز الطعن فيه ولو بعد فوات الميعاد ، وهذا طبيعى فإن كان من الجائز التمسك بانعدام الحكم بدعوى مبتدأة يكون من الجائز – من باب أولى – الطعن ولو بعد فوات الميعاد . (عبد الحميد الشواربى ، أبو الوفا – مراجع سابقة)

وقيل أن العمل الإجرائي ولو كان معدوما ينقلب إلى عمل صحيح بصدور حكم ينهى الخصومة ويجوز حجية الشئ المحكوم فيه ، وبهذا يذوب انعدام العمل الإجرائي فى صحة الحكم ويختفى . (فتحى والى – المرجع السابق)

ويتعين أن يكون أساس التفرقة بين المعدوم والباطل هو تحديد أركان وجود الإجراء وأركان صحته .

ويلاحظ أن الحكم فى غير ما طلبه الخصم أو بأكثر مما طلبه قد يتصور اعتباره معدوما إذ لا يقوم على طلب قدم إلى القضاء ، ومع ذلك فالمشرع يعتد به ويجعل سبيل التظلم منه هو الطعن فيه بطريق التماس إعادة النظر عملا بالمادة 241 . (أبو الوفا ص334 مرجع سابق)

وقد اختلف الرأى فى تحديد المعيار المميز بين البطلان والانعدام فيرى البعض أن العيب والمقدم للحكم هو الذى ينقصه ركنا من أركانه فيما يرى البعض أن الحكم المعدوم وهو الذى فقد ركنا من أركانه الأساسية أو شابه عيب جوهرى أصاب كيانه ويحصر هذه الأركان فى ثلاثة أركان أولها : صدوره من محكمة تتبع جهة قضائية ويناقس فى هذا الصدد اثر تغيب صفة القاضى أو زوالها أو تشكيل المحكمة أو قيام سبب من أسباب عدم الصلاحية أو الرد أو عدم الاختصاص وثانيهما صدوره فى خصومة ويتناقش فى هذا الصدد اثر عدم إعلان صحيفة الدعوى أو بطلانه أو تعيب أهلية الخصوم وثالثها : تحرير الحكم . (أبو الوفا فى نظرية الأحكام بند 137 وما بعده)

فى حين يقول البعض أن العيوب التى لا تقبل التصحيح هى تلك التى لا تمكن الحكم من تحقيق وظيفته . (والى نظرية البطلان بند 346)

البطلان واعتبار الخصومة كأن لم تكن

يجوز تصحيح الإجراء الباطل عملا بالمادة 23 ، بينما إذا اعتبرت الخصومة كأن لم تكن بفوات الميعاد المقرر لتعجيلها (م82) أو بسبب عدم اتخاذ إجراء ما فى الميعاد المقرر (م70) فإن الخصومة لا يتصور تصحيحها من جانب الخصم الذى تسبب فى المخالفة .

والبطلان يعتبر فى الإجراء حال نشأته وتكوينه ، بينما حالة اعتبار الخصومة كأن لم يكن تنشأ بعد رفع الدعوى بإجراء صحيح فى ذاته .

والقاعدة أن الإجراء الباطل يعتبر صحيحا منتجا لآثاره إلى أن يصدر حكم يقرر بطلانه . أما بالنسبة إلى اعتبار الخصومة كأن لم تكن فإن بطلانه يقع بقوة القانون ، اى بغير حاجة إلى صدور أى حكم يقرر البطلان (عبد الحميد الشواربى ص453 مرجع سابق)

ومن ناحية أخرى ،يحدث أن يجدد المدعى ذات الخصومة المعتبرة كأن لم تكن ، كما إذا جددها المدعى بعد بقائها مشطوبة أكثر من ستين يوما ، فهنا لا مفر من التمسك باعتبار الخصومة كأن لم تكن قبل التكلم فى الموضوع والا اعتبرت الإجراءات صحيحة.

هذا ويلاحظ أن المشرع – فى إجراءات التنفيذ- قد يتطلب اتخاذ سلسلة من الإجراءات ، وينص على اعتبارها كان لم تكن إذا لم يتخذ إجراء فيها فى الميعاد المقرر ، وهنا يمس البطلان ما كان من الإجراءات صحيحا . عند نشأته وقيامه . (أبو الوفا ص335 مرجع سابق)

السقـــوط

سقوط الحق هو الجزاء المترتب على عدم مباشرة الإجراء فى الوقت المعين فى القانون للقيام به .

.... وهناك ثلاثة أسباب تؤدى الى السقوط وهى :

1- عدم احترام الترتيب الذى وضعه القانون للإجراءات :

فالقانون قد وضع ترتيبا معينا لاتخاذ الإجراءات ومخالفة هذا الترتيب يؤدى إلى سقوط الحق وعليه يسقط الحق فى اتخاذ الإجراء إذا اتخذ لاحق عليه فى الترتيب القانونى .

2- مخالفة المواعيد الإجرائية :

فإذا أوجب القانون بصحة الإجراء مباشرته فى ميعاد محدد ولم يتخذ الإجراء فى هذا الميعاد سقط الحق فى اتخاذ هذا الإجراء وذلك كسقوط الحق فى الطعن فى الحكم بعد فوات ميعاده .

3- التنازل عن الحق فى اتخاذ الإجراء :

فإذا تنازل الخصم عن حقه فى اتخاذ إجراء معين يسقط حقه فى اتخاذ هذا الإجراء بعد ذلك . ولا يشترط أن يكون هذا التنازل صريح فقد يتم ضمنيا بقبو الحكم مثلا . وفى هذه الحالة يسقط حقه فى الطعن .

والأصل أن المحكمة لا تقضى بالسقوط من تلقاء نفسها ما لم يكن جزاء على مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام كسقوط الحق فى الاستئناف بفوات ميعاده مثلا . (أبو الوفا ص521 .مرجع سابق)

والسقوط أبعد أثرا من البطلان ذلك أن بطلان الإجراء الذى يتخذ بعد فوات الميعاد فضلا عن منع تجديده .

.... ومن الفروق الواضحة بين البطلان والسقوط ما يلى :

1. إذا حكم ببطلان الإجراء جاز تجديده بينما إذا سقط الحق امتنع تجديده .

2. التمسك بالبطلان يبدى كقاعدة عامة قبل التكلم فى الموضوع عملا بالمادة 108 والمادة 22 ، بينما السقوط يحصل الدفع به فى أية حالة تكون عليها الإجراءات ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك .

3. التمسك بالبطلان أثناء نظر الدعوى يحصل على صورة دفع شكلى . عملا بالمادة 108 بينما يحصل التمسك بالسقوط على صورة دفع بعدم القبول عملا بالمادة 115.

4. يجوز تصحيح الإجراء الباطل بالتكملة عملا بالمادة 23 بينما السقوط لا يتصور تصحيحه ، لأنه يقع بسبب فوات الميعاد ، ومن ثم لا يتصور التصحيح فى صدده . (أبو الوفا ص 335 مرجع سابق)

5. البطلان فقد يرد على أى عمل إجرائي يخالف نموذجه القانونى وقد يرد على خصومة كاملة فى حالة ما إذا قامت هذه الخصومة على أساس باطل كما لو كانت ذات صحيفة الدعوى باطلة . وكذلك قد يرد البطلان على جميع الأعمال الإجرائية أيا كان الشخص الذى قام بها ، أما السقوط فلا يرد إلا على الحق الإجرائي الممنوح للخصوم من قبل القانون أما السقوط إذ يرد على الحق الإجرائي فيؤدى إلى زواله بما يصحب ذلك من استحالة اتخاذ الإجراءات التى حددها القانون لممارسة هذا الحق ، فإنه يصيب حق محدد وإجراءات محددة . (عبد الحميد الشواربى – مرجع سابق)

إجـــــراءات الخصــومــــة

القضائيـــــة

إجراءات الخصومة القضائية

سبق أن أشرنا إلى أن إجراءات الخصومة تبدأ بإيداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك .

والدعوى هى الحق الحماية القضائية وهى بهذه المثابة تتميز عن الحق الموضوعى الذى ترفع به سببا ومضمونا ، فسبب الحق الموضوعى هو الواقعة القانونية المنشئة له سواء كانت عقدا أو إرادة منفردة أو فعلا ضارا أو فعلا نافعا أو القانون فى حين أن سبب الدعوى هو الاعتداء على هذا الحق ، كما أن مضمون الحق الموضوعى هو الالتزام بأداء عمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شئ أما الدعوى فإن مضمونها هو الحصول على حكم القضاء قد يكون منشئا لمركز قانونى أو مقررا له أو ملزما بأداء معين .

وقد قضت محكمة النقض بأن " الدعوى هى حق الالتجاء إلى القضاء للحصول على حماية قانونية للحق المدعى به ، أما الخصومة فهى وسيلة ذلك أى أنها مجموعة الأعمال الإجرائية التى يطرح بها هذا الادعاء على القضاء ويتم بها تحقيقه والفصل فيه . والقانون المدنى هو الذى ينظم قواعد سقوط وانقضاء الدعاوى والحقوق بمضى المدة ، بينما ينظم قانون المرافعات قواعد سقوط وانقضاء الخصومة . وقد جرى قضاء هذه المحكمة على ان انقضاء الخصومة لا يترتب عليه اى مساس اصل الحق المرفوعة به الدعوى بل يبقى خاضعا فى انقضائه للقواعد المقررة فى القانون المدنى . ولما كان التعرض الشخصى الذى يضمنه البائع فى مفهوم المادة 439 من القانون المدنى هو كل عمل يعكر على المشترى حقه فى حيزة المبيع والانتفاع به فلا يدخل فى ذلك ما يبديه البائع فى الدعوى صحة التعاقد التى يقيمها عليه المشترى من دفوع أو طلبات يهاجم بها إجراءات الخصومة سواء العوار فيها أو لسقوطها أو انقضائها بمضى المدة إذا لا يعتبر هذا من قبيل التعرض لحقوق المشترى الناشئة عن عقد البيع

ولما كان الأصل أن التقاعس عن موالاة الخصومة يرتب بذاته مصلحة قانونية مشروعة لكل خصم حقيقى فيها للتخلص منها حتى لا يظل معلقا دون حدود بإجراءات تخلى أطرافها عن إكمال السير فيها خلال المدة القانونية ، فقد أجاز المشرع لأى منهم طلب الحكم بسقوطها أو انقضائها حسب الأحوال دون أن يكون فى هذا الطالب شبهة تعسف فى استعمال الحق لاستناده الى مصلحة مشروعة وعدم مساسه بأصل الحق المرفوعة وإذ التزام الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بانقضاء الخصومة فى الدعوى رقم 1092 سنة 1966 لمضى المدة القانونية من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها فإنه قد أصاب صحيح القانون فيما انتهى إليه . (1980/1/31 طعن 1451 سنة 48 قضائية – م نقض م –31 – 366)

ولا تعتبر الدعوى مرفوعة إلا بتمام إجراء المطالبة القضائية :

وفقا للإجراءات التى رسمها القانون والتى تتمثل فى إيداع صحيفة الدعوى مستوفية بياناتها قلم كتاب المحكمة ومن لحظة إيداع الصحيفة قلم الكتاب تعتبر الدعوى المرفوعة وتترتب آثار رفع الدعوى من هذه اللحظة دون نظر للإجراءات التى سبقتها أو الإجراءات اللاحقة عليها .

المقصود بإيداع الصحيفة قلم الكتاب :

إذا كانت إجراءات إيداع الصحيفة فلم الكتاب متعددة متتالية تبدأ بتقديم اصل الصحيفة إلى قلم الكتاب لتقدير الرسوم ، ثم سداد هذه الرسوم ثم تقديم اصل الصحيفة مرفقا به الإيصال الدال على سداد الرسوم وصورا من الصحيفة والمستندات والمذكرة الشارحة إلى قلم الكتاب وفقا لنص المادة 65 فإن المقصود بإيداع الصحيفة قلم كتاب الذى تعتبر به الدعوى قد رفعت ومن ثم أنتجت آثار المطالبة القضائية لا يتحقق إلا بالإجراء الذى تصبح معه الصحيفة فى حوزة قلم الكتاب غير خاضعة لسيطرة المدعى إلا فى حدود الحكم المستحدث بالفقرة الأخيرة من المادة 67 وإذ كان تقدير الرسوم أو سدادها لا يقيد المدعى إذ تظل الصحيفة فى حوزته ويملك العدول عن رفع الدعوى باستبقاء الصحيفة دون تقديمها إلى قلم الكتاب مع ملحقاتها وفقا لنص المادة 65 فإن مجرد سداد الرسوم لا ينتج بذاته اى اثر ولا يعتبر فى ذاته رفعا للدعوى ما لم يعقبه تقديم الصحيفة وملحقاتها إلى قلم الكتاب وفقا لنص المادة 65، ويؤكد ذلك أن نص المادة 65 يفيد أن سداد الرسوم إنما يكون سابقا على تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب ،

كما يؤكده أن عدم سداد الرسم لا يترتب عليه بطلان الصحيفة بما يتصور معه إيداع الصحيفة دون سداد الرسوم فضلا عن أن النص لا يوجب سداد الرسوم فى ذات قلم كتاب المحكمة التى ترفع إليها الدعوى وهو ما جرى عليه العمل فعلا بما يمكن المدعى من سداد الرسوم فى محكمة أخرى ثم استبقاء الصحيفة فى حوزته دون أن تتصل بالمحكمة أو تقيد فى جداولها وهو ما تتأدى معه العدالة من أن ينتج مجرد سداد الرسوم كافة آثار المطالبة القضائية رغم ذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " " الدعوى أو الاستئناف يعتبر مرفوعا من وقت إيداع الصحيفة قلم الكتاب وقيدها بالجدول فى خلال الميعاد المقرر لإقامة الدعوى أو الطعن ولا يعتد فى ذلك بتاريخ تقدير رسم الدعوى أو أدائه ....." (نقض 1984/4/16 رقم 1930 لسنة 49ق) وبأنه " واقعة أداء الرسم منبته الصلة بتقديم صحيفة الدعوى أو الطعن إلى قلم الكتاب وسابقة عليها إذا لم يربط المشرع بينهما وإنما عول على تقديم صحيفة الدعوى قلم الكتاب لقيدها ويتم هذا الإجراء بأن يقدم المدعى إلى قلم الكتاب بعد أداء الرسم صورا من صحيفة دعواه بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب كما يفرد ملفا للدعوى بمجرد تقديمها ويقيدها فى نفس اليوم فى السجل الخاص بذلك " (1974/6/5 طعن 19 سنة 38 قضائية – م نقض م – 25 – 989)

ويتعين أن يتم إيداع الصحيفة قلم الكتاب فى حضور المدعى أو الطاعن أو من يمثله فلا يكفى إيداعها بطريقة أخرى كإرسالها بالبريد أو بأى أسلوب آخر وإلا وقعت الإجراءات باطلة بطلانا يتعلق بالنظام العام . ومن خلال هذا النظر قضت محكمة النقض فى شأن أعمال المادة 84 من قانون السلطة القضائية رقم 46 سنة 1972 التى تنص – شأنها شأن المادة 63 مرافعات – على أن الطلبات التى يقدمها رجال القضاء والنيابة ترفع بعريضة تودع قلم كتاب محكمة النقض أن المقصود بالإيداع لا يتحقق إلا بحضور الطالب أو من ينيبه عنه قانونا أمام الموظف المختص بمحكمة النقض وان يثبت هذا الإيداع على وجه رسمى . ولا يغنى عن ذلك وصول الطلب إلى قلم الكتاب بالبريد أو بأى وسيلة أخرى (1979/1/11 طعن 7 سنة 48 قضائية رجال القضاء- م نقض م - العدد الأول – 5) او تقديم الطالب الى وزير العدل الذى أحاله إلى المحكمة (1977/11/17 طعن 35/7 سنة 41 رجال القضاء – م نقض م – 111/28)

ولا يلزم فيمن ينيبه المدعى فى إيداع الصحيفة أن يكون من الأزواج أو الأقارب أو الأصهار وفقا للمادة 72 مرافعات التى تشترط ذلك فى شأن الوكيل فى الحضور من غير المحامين ، وإذ كان الوكيل من المحامين فلا يلزم أن يكون مقيدا أمام درجة المحكمة التى قدمت إليها الصحيفة لان القيود التى فرضها قانون المحاماة فى هذا الصدد قاصرة على الحضور أمام المحكمة أو التوقيع على صحف الدعاوى والطعون ولم يفرضها فى شأن تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب وقد خلت المادة 67 مرافعات من هذا القيد . (نصر الدين فى الدعوى وإجراءاتها بند 11)

ويترتب على مخالفة طريقة رفع الدعوى المنصوص عليها فى القانون بطلان العمل بطلانا يتعلق العام لتعلقه بأسس التقاضى . (1977/5/27 طعن 801 سنة 43 ق – م نقض م – 28- 1508 – 1989/6/19 طعن 763 سنة 53ق)

ويترتب على مخالفة طريقة رفع الدعوى المنصوص عليها فى القانون ، بطلان العمل بطلانا يتعلق بالنظام العام لتعلقه بأسس التقاضى . (1977/5/27 طعن 801 سنة 43 قضائية – م نقض م – 28 – 1508 – 1989/6/19 طعن 763 سنة 53 قضائية)

وقد قضت محكمة النقض فى حكم هام بأنه " وإن كانت الدعوى تعتبر مرفوعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب ، إلا أن الخصومة فيها ا تنعقد إلا بالإعلان ، فإذا قضت محكمة الاستئناف ببطلان صحيفة الدعوى لعدم إعلانها ، فلا يجوز تصديها للموضوع " (نقض 1987/6/10 الطعن رقم 395 سنة 56 ق) وقضت بأنه " عدم إعلان صحيفة الدعوى إعلانا صحيحا يترتب عليه ألا تنعقد الخصومة وبالتالى تقف المحكمة عند حد البطلان دون نظر الموضوع (نقض 1982/12/29 رقم 235 ورقم 238 سنة 50 ق) وقضت أيضا فى 1980/2/5 رقم 727 سنة 45ق) ... انه إذا كان كفى لإجراء المطالبة القضائية إيداع صحيفة افتتاح الدعوى ، وهو ما يترتب عليه – كأثر إجرائي – بدء الخصومة ،

إلا أن انعقاد الخصومة مشروط بتمام إعلان الصحيفة إلى المدعى عليه أو أى المستأنف عليه ، فإذا تخلف هذا الشرط زالت الخصومة كأثر المطالبة القضائية (وراجع أيضا نقض 1979/12/29 رقم 761 سنة 40ق و 1977/1/26 رقم 423 سنة 41 ق ونقض 1984/4/3 برقم 1771 سنة 53 ق) تتواتر أحكام محكمة النقض بجواز أن تنعقد الخصومة بين أطرافها بالمواجهة بينهم دون حاجة إلى الإعلان (الأحكام المشار إليها فى الفقرة رقم 428)

الآثار المترتبة على رفع الدعوى :

يترتب على رفع الدعوى على هذا النحو آثار إجرائية وآثار موضوعية ، ومن الآثار الإجرائية (1) بدء الخصومة ونتيجة لهذا إذا رفعت الدعوى نفسها أمام محكمة أخرى جاز الدفع بالإحالة ولم تكن الصحيفة قد أعلنت (2) يصبح الحق موضوع الدعوى متنازعا فيه بالمعنى المقصود فى المادة 471 من التقنين المدنى (3) لا يتأثر اختصاص المحكمة بما يطرأ من تغيير بعد تلك اللحظة فى أية واقعة تكون مؤثرة فى الاختصاص كقيمة الشئ موضوع الدعوى ، أو موطن المدعى عليه أو جنسية الخصوم ، ومن الآثار الموضوعية .(1) قطع التقادم السارى لصالح المدعى عليه وفقا للمادة 383 من التقنين المدنى (يراجع فى نقد هذا التعبير والى هامش بند 265) وكذلك قطع مدد السقوط فقد قضت محكمة النقض بان ميعاد الثلاثين يوما المنصوص عليها فى المادة 943 من القانون المدنى لرفع دعوى الشفعة هو ميعاد سقوط لان المشرع رتب على تفويته سقوط الحق فى الشفعة ومن ثم فإن إيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب يقطع مدة السقوط عملا بالمادة 63 مرافعات (17 /1984/4 طعن 557/556 لسنة 47 قضائية) (2) سريان الفوائد من لحظة إيداع الصحيفة قلم الكتاب إذا تضمنت الصحيفة المطالبة بها عملا بالمادة 226 من التقنين المدنى .(3) زوال حسن نية الحائز وصيرورته سيئ النية يلتزم برد الثمار فى حكم المادة 979 من التقنين المدنى (4) إذا نقل المدعى عليه إلى احد حيازة الشئ المطلوب استرداده منه أو تصرف فى الحق المطالب به

فإن ذلك لا يؤثر فى بقائه طرفا فى الخصومة دون من نقل إليه الحيازة أو تصرف إليه فى الحق (5) عدم نفاذ التصرف الذى اكتسب به الغير حقا على العقار محل المطالبة القضائية فى حق المدعى متى كان قد سجل صحيفة دعواه قبل تسجيل ذلك التصرف ، ويستثنى من يبدأ النظر فى الطلب باعتباره لحظة إيداع الصحيفة قلم الكتاب صورتان أولاهما إذا تحققت الحماية القانونية المطلوبة بوسيلة أخرى كما لو صدر تشريع يقر للمدعى بحقه أو تم الوفاء بالمطلوب أثناء نظر الدعوى ولو فى مرحة الاستئناف إذ يتعين نظر الدعوى والفصل فيها رغم أنها كانت لحظة رفعها تعتبر غير مقبولة (يراجع فى تفصيل ذلك كله والى بند 265 – نصر الدين فى الدعوى وإجراءاتها فى البنود 59 حتى 97)

ويلاحظ أن الآثار التى تترتب على إيداع الصحيفة قلم الكتاب باعتباره الإجراء الذى ترفع به ، لا تترتب إلا بالنسبة إلى الحق محل المطالبة القضائية أى الحق الذى يطلب فى الصحيفة من القضاء الحكم فيه أما ما يرد فى الصحيفة من الاحتفاظ بالحق فى المطالبة بحق معين فانه لا يرتب تلك الآثار بالنسبة إلى هذا الحق فلا يقطع التقادم السارى بالنسبة إليه (1976/12/14 الطعن 432 سنة 42 قضائية – 1962/4/26 – طعن 256 سنة 26 قضائية – م نقض م – 13 – 506)

ويلاحظ كذلك أن اعتبار تقديم الصحيفة لقلم الكتاب قاطعا للتقادم قاصر على صحيفة الدعوى أو الطعن ، فلا يكفى تجديد الدعوى من الشطب بل يتعين إتمام إعلان صحيفة التجديد (1974/5/27 طعن 413 سنة 39) كما لا يكفى تعجيل الدعوى بعد انقطاع سير الخصومة بل يتعين إتمام إعلان صحيفة لتعجيل (1975/6/21 طعن 358 سنة 39 ق – 1977/1/12 طعن 375 سنة 43 ق)

كما يلاحظ أن اثر إيداع الصحيفة قلم الكتاب فى قطع التقادم يزول بالحكم فى الدعوى . فان حكم بقبو الطلب بدأت مدة تقادم جديدة خاصة بالحق الوارد فى الحكم وتكون مدته كأصل عام خمسة عشر سنة عملا بنص المادة 2/385 من التقنين المدنى ، أما إذا حكم برفض الدعوى أو بعدم قبولها أو بترك الخصومة أو بسقوطها أو انقضائها أو بأى حكم ينهى الخصومة دون الفصل فى الموضوع فان اثر الانقطاع يزول ويعتبر التقادم كأنه لم ينقطع (1962/4/26 – م نقض م – 13 – 506 – إبراهيم سعد هامش ص 586 والى الخصومة القضائية ص 115) أما الحكم بعدم الاختصاص فقد ذهب رأى انه يبدأ من يوم صدوره تقادم جديد (أبو الوفا بند 1730) ولكن طبقا للمادة 110 فان هذا الحكم تنتهى به الخصومة إذ يتعين أن تقترن به الإحالة .(محمد كمال عبد العزيز ص426 مرجع سابق)

بيانات صحيفة الدعوى :

لقد أوردت المادة 63 قانون المرافعات البيانات التى يجب اشتمال صحيفة الدعوى عليها فقد نصت على أن "ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك .

ويجب أن تشتمل صحيفة الدعوى على البيانات الآتية :

اسم المدعى ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه واسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وصفته وموطنه .

اسم المدعى عليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه فإن لم يكن موطنه معلوما فآخر موطن كان له .

تاريخ تقديم الصحيفة .

المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى .

بيان موطن مختار للمدعى فى البلدة التى بها مقر المحكمة إن لم يكن له موطن فيها .

وقائع الدعوى وطلبات المدعى وأسانيدها .

فنلاحظ أن المشرع قد حدد البيانات التى يجب أن تشمل عليها صحيفة الدعوى وهذه البيانات هى : اسم كل من المدعى والمدعى عليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه واسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه ويلاحظ فى هذا الصدد ما أوردناه فيما يتعلق بأهلية الخصوم وصحة تمثيلهم .. وتجدر الإشارة إلى أن المفصود من تلك البيانات تحديد شخصية الخصم ومن ثم فأن النقض أو الخطأ فى بعضها لا يؤدى إلى البطلان ما دام ليس من شانه التشكيك أو التجهيل بشخصه أو صفته . (1990/6/25 طعن 41 سنة 55 قضائية – 1976/4/12 طعن 529 سنة 40 قضائية)

تاريخ تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم الكتاب أى تاريخ إيداعها قلم الكتاب على النحو الذى أوردناه أنفا ويقع هذا الواجب على قلم الكتاب بإثباته الصحيفة عند إيداعها به ، ومع ذلك فقد لاحظنا أن بعض المحاكم الابتدائية والجزئية تغفل إثبات هذا البيان على نحو مستقل واضح نقترح أن ينظم العمل فى هذه المحاكم على نحو ما يجرى عيه بمحاكم الاستئناف من ختم اصل الصحيفة وصورها بخاتم يبين تاريخ الإيداع وقد قضت محكمة النقض بأن إغفال بيان تاريخ إيداع الصحيفة لا يترتب عليه البطلان (1976/14/5 طعن 309 سنة 39 قضائية)

المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى ، ولا يكفى ذكر عبارة " المحكمة المختصة " لان تحديد المحكمة المختصة قد يكون محل بحث واجتهاد قانونى ، وقد تختلف بصدده وجهات النظر ، فيذهب المدعى عليه إلى محكمة غير المحكمة التى يقصدها المدعى . كما انه قد تختص بنظر الدعوى أكثر من محكمة واحدة فلا يدرى المدعى عليه أى محكمة من هذه المحاكم هى المرفوعة أمامها الدعوى . وليتحقق اجتماع المدعى عليه مع المدعى أمام المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى يجب أن يذكر اسم المحكمة على وجه التحديد بشكل لا يدع مجالا للشك فيها ، فلا يكفى مثلا ذكر عبارة المحكمة الجزئية وإنما يكفلا ذكر " المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها العقار محل النزاع " ، هذا إذا كان العقار فى دائرة اختصاص محكمة واحدة . وهذا التحديد قد لا يفيد عند إيداع العريضة قلم الكتاب ، وإنما هو أساس عند إعلانها إلى المدعى عليه .

ويترتب على إغفال هذا البيان بطلان الصحيفة وان كان البطلان يزول بحضور المدعى عليه عملا بالمادة 114 مرافعات ، ولا يلزم بيان الدائرة التى تنظر أمامها الدعوى إذ اقتصر النص على وجوب بيان المحكمة فقط (1968/11/28 طعن 469 سنة 43 قضائية – م نقض م – 19 – 1440)

بيان موطن مختار للمدعى فى البلدة التى بها مقر المحكمة اذ لم يكن له موطن أصلى بهذه البلدة ، وقد هدف المشرع من وجوب هذا البيان تمكين الخصوم من إعلان المدعى بالأوراق المتعلقة بالدعوى فى موطنه المختار الكائن بالبلدة التى تقع بها المحكمة ما دام ليس له موطن أصلى فيها أى انه قصد به التيسير على المدعى عليه ومن ثم فإنه وان جاز للمدعى عليه التمسك بعدم الاحتجاج عليه به فانه لا يجوز للمدعى أن يحتج بعدم صحة إعلانه فيه (1968/4/23 طعن 374 سنة 31 قضائية – م نقض م – 19 – 829) ويستوى عدم كفاية البيان مع إغفاله كليه ويرى البعض انه يرتب على إغفال المدعى بيان موطن مختار له بالبلدة التى بها مقر المحكمة إذا كان لا يقيم فيها أو على عدم كفاية البيان أو عدم صحته بطلان صحيفة الدعوى وان كان بطلانا نسبيا لا يتعلق بالنظام العام فيسقط التمسك به بالتعرض للموضوع (والى هامش بند 263)

وهو رأى محل نظر إذ أن المقرر عملا بصريح نص المادة 12 مرافعات أن جزاء عدم اتخاذ موطن مختار يتمثل فى إجراء إعلانه بالأوراق المتعلقة بالدعوى فى قلم الكتاب (1980/5/27 – م نقض م – 31- 629 – 1975/3/26 طعن 595 لسنة 39 قضائية – م نقض م – 26 – 675 – ويراجع نصر الدين فى نظر الدعوى وإجراءاتها بندى 51 ، 57 (ويلاحظ انه وان كان يتعين أن يكون الموطن المختار بالبلدة التى بها مقر المحكمة بحيث إذا اتخذ المدعى موطنا يقع خارجها جاز إعلانه بالأوراق المتعلقة بالدعوى إلا أن هذا الجزاء مقرر لمصلحة المدعى عليه فيجوز له إعلانه فى هذا الموطن (1968/4/23 طعن 184 لسنة 34 قضائية – م نقض م – 19 – 826)

ويغنى عن بيان موطن مختار للمدعى بيان موطن وكيله فى البلدة نفسها إذ تتحقق بذلك الغاية من البيان (1980/4/12 طعن 1339 سنة 47 قضائية – م نقض م – 31 – 1173)

وقائع الدعوى وطلبات المدعى وأسانيدها : يوجب القانون أن تشتمل صحيفة الدعوى على وقائعها وأدلتها وطلبات المدعى وأسانيدها ، وذلك لكى تكون لدى المدعى عليه صورة وافية كاملة من المطلوب منه فيتمكن من أعاد دفاعه على أساس ولكى يقطع عليه سبيل العذر فى تأخر إبدائه ، ثم لكى يكون لدى القاضى فكرة واضحة عن الدعوى (راجع فيما سبق كما عبد العزيز ص444 وأبو الوفا ص548 مراجع سابق)

إعلان الصحيفة بعدئذ إلى المدعى عليه بورقة من أوراق المحضرين :

بعد إيداع الصحيفة قلم الكتاب بعد أداء الرسم المقررة يقوم قلم المحضرين بإعلانها عملا بالمادة 68 المتقدمة الإشارة إليها . وعندئذ تضاف إلى البيانات المتقدمة بيانات أخرى يتعين أن تتوافر فى الورقة عملا بالمادة 9 من قانون المرافعات باعتبارها من أوراق المحضرين . وهذه البيانات هى :

اسم المحضر والمحكمة التابع لها .

توقيع المحضر وبغير هذا التوقيع تفقد الورقة رسميتها .

اسم الشخص الذى تسلم الصورة وصفته وتوقيعه أو سبب امتناعه عن التوقيع.

تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التى حصل فيها الإعلان ، وبغير توافر هذا التاريخ تفقد الورقة رسميتها .

جزاء النقص فى بيانات صحيفة الدعوى :

لم ينص فى قانون المرافعات الجديد على جزاء البطلان عند مخالفة المادة 63 التى حددت بعض البيانات الواجب توافرها فى صحيفة الدعوى التى تودع قلم الكتاب ، وان كانت المادة 114 تقرر أن بطلان صحف الدعاوى وإعلانها الناشئ عن عيب فى الإعلان أو فى بيان المحكمة أو فى تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن إليه فى الجلسة أو بإيداع مذكرة بدفاعه ، فهى تفيد إذن ترتب البطلان بسبب العيوب المتقدمة سواء فى صحيفة الدعوى المودعة قلم الكتاب التى ترتب فى ذاتها كل آثار رفع الدعوى أم فى ورقة إعلانها.

وتبطل العريضة المودعة قلم الكتاب ولا ترتب أى اثر إذا كانت تجهل بالمدعى أو بالمدعى عليه أو بتاريخ الجلسة المحددة لتنظر الدعوى أو بمطلوب المدعى فيها ، كما تطبل إذا كانت خالية من تاريخ تقديمها - وهذا العيب يفقدها رسميتها كما قدمنا ويتعلق بالنظام العام ، وإذا كانت الصحيفة خالية من توقيع المحامى فى الأحوال التى يوجب فيها القانون ذلك فإنها تكون باطلة بطلانا متعلقا بالنظام العام.

وعدم ذكر موطن مختار يوجب تطبيق الجزاء المقرر فى المادة 12، فيعلن المدعى فى قلم بجميع الأوراق التى كان يصح إعلانه بها فى الموطن المختار . كذلك إغفال وقائع الدعوى أو أدلتها أو أسانيد مطلوب المدعى لا يرتب أى بطلان مادامت لا تجهل بذات المطلوب فى الأحوال المتقدمة .

ويلاحظ أن بطلان صحيفة الدعوى لا ينفى جواز تصحيحها عملا بالمادة 23 .

أما عدم مراعاة قواعد التكليف بالحضور فلم يجعل القانون الجديد جزاء مخالفاتها البطلان ، وذلك بغير إخلال بحق المعلن إليه فى التأجيل لاستكمال الميعاد (م69) . (أبو الوفا ص586 ، 587 - مرجع سابق)

والدفع ببطلان صحيفة الدعوى لنقض بياناتها :

هو دفع شكلى لا يتعلق بالنظام العام فيخضع لحكم المادة 108 مرافعات ومن ثم فإن الدفع به للتجهيل بالمدعى به يسقط بالتعرض للموضوع (192/3/29 – م نقض م – 13 – 339 – 1969/12/23 – م نقض م – 20 – 1296) كما أن الدفع به لانعدام صفة الخصوم يتعين إبداؤه قبل التعرض لموضوع كما يتعين إبداء جميع الأوجه التى يبنى عليها الدفع وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها (1984/6/19 طعن 428 سنة 50 قضائية)

ويلاحظ أن هذا الدفع يختلف عن الدفع ببطلان إعلان الصحيفة إذ هو يقوم على مخالفة المدعى لما أوجبته المادة 63 من بيانات فإن الأخير يقوم على مخالفة المدعى لبيانات أوراق المحضرين المنصوص عليها فى المادة 9 مرافعات أو إجراءات إعلانها المنصوص عليها فى المواد 10 – 11 – 13 مرافعات ومن ثم فإن التمسك بالدفع ببطلان إعلان صحيفة الدعوى دون التمسك ببطلان الصحيفة ذاتها يسقط الحق فى هذا الدفع الأخير .

وقد أبقى القانون الجديد الحكم المتعلق بقاعدة البطلان التى تحكم الإخلال بيانات الصحيفة فى ظل القانون القديم منذ تعديله بالقانون رقم 100 لسنة 1962 فتركه لحكم البطلان غير المنصوص عليه ، غير انه يلاحظ أن بطلان الصحيفة الناشئ عن عيب فى بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة يصحح بحضور المدعى عليه بناء على هذه الصحيفة وذلك عملا بالمادة 140 من القانون الجديد .

ويترتب على الحكم ببطلان الصحيفة إلغاء جميع الإجراءات اللاحقة وزوال كل ما ترتب على إيداعها من آثار واعتبار الخصومة لم تنعقد (1991/12/1 طعن 161 سنة 55 قضائية – 1973/5/15 طعن 115 سنة 38 قضائية – م نقض م 24 – 748) وإذا قضت ثانى درجة ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى أو بطلان إعلانها إلى المدعى عيه وجب عليها أن تقف عند الحكم بالبطلان دون أن يكون لها التصدى للقضاء فى الموضوع (1977/5/30 طعن 419 سنة 43 قضائية – 1973/5/15 طعن 115 سنة 38ق – م نقض م 24 – 748 – 1964/11/5 طعن 515 سنة 29 ق – م نقض م – 15 – 1003)

يضاف إلى البيانات الواردة فى المادة 63 مرافعات بيان توقيع المحامى وذلك عملا بالمادة 58 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 والتى تنص على انه " لا يجوز فى غير المواد الجنائية التقرير بالطعن أمام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا إلا من المحامين المقررين لديها سواء كان ذلك عن أنفسهم أو بالوكالة من الغير " .

كما لا يجوز تقديم صحف الاستئناف أو تقديم صحف الدعاوى أمام محكمة القضاء الإداري إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها .

وكذلك لا يجوز تقديم صحف الدعاوى أو طلبات أوامر الأداء للمحاكم الابتدائية والإدارية إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها على الأقل .

وكذلك لا يجوز تقديم صحف الدعاوى أو طلبات أوامر الأداء للمحاكم الجزئية إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المشتغلين وذلك متى بلغت أو جاوزت قيمة الدعوى أوامر الأداء خمسين جنيها .

ويقع باطلا كل إجراء يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة " .

وعدم توقيع المحامى على صحيفة الاستئناف يترتب عليه بطلانها . (نقض 1973/2/2 – 24- 282)

ومتى وقع المحامى على اصل الصحيفة أو صورتها المقدمة لقلم الكتاب فقد تحقق غرض الشارع من أن صياغتها قد تمت بواسطته (نقض 1973/5/2 – 24-703)

يجب على المحكمة قبل الحكم فى الدعوى أن تتحقق من أن سندات توكيل محامى القضية مودعة بمرفقاتها :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا لم يقدم المحامى سند توكيله حتى حجز القضية للحكم فان الطعن يكون غير مقبول (نقض 1972/4/8 – 23-176) ، وإذا صدر الحكم فى الدعوى دون تقديم سند توكيل المحامى يكون من الجائز تقديمه فى الاستئناف ، وقد قضت محكمة النقض بحصة الإجراءات التى يتخذها المحامى فى الدعوى ولو قبل صدور التوكيل من صاحب الشأن إلا إذا أنكر الأخير توكيله له ، كذلك قضت بصحة قبول المحكمة للمذكرة المقدمة منه " (نقض 1970/11/10 – 21- 25)

ويجب أن يكون المحامى :

أولا : أن يكون مقيدا بجداول المحامين التى ينظمها قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 عملا بالمادة 2 من القانون المذكور .

ثانيا : أن يكون من المحامين المشتغلين فلا يكون وقت قيامه بالعمل قد سبق نقل اسمه إلى جدول المحامين غير المشتغلين وفقا لنص المادتين 43 و 44 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 .

ثالثا : أن يكون مقيدا بالجداول الخاصة بالدرجة التى ترفع إليها الدعوى أو الطعن الذى وقع صحيفته : والعبرة فى هذا الصدد بوقت صدور التوكيل إليه . (1959/6/25 – م نقض م – 10 – 552)

ولا يشترط شكل خاص فى التوقيع إذ لم يتطلب المشرع وضعا معينا فى توقيع المحامى يكشف عن اسمه بوضوح فالأصل هو صدور ممن نسب إليه حتى يثبت العكس (1984/12/30طعن 2446 سنة 52 قضائية) ولا يلزم ان يقترن ببيان رقم القيد أو رقم التوكيل (1980/1/22 – م نقض م – 31- 235) وذهب رأى إلى انه يكفى أن تتم ببصمة خاتم المحامى فلا يلزم إمضاؤه بخط يده (نصر الدين فى الدعوى وإجراءاتها بند 33 وأشار إلى حكم للمحكمة الإدارية العليا فى 1959/5/9 وهو رأى محل نظر إذ لا تتحقق به الغاية من التوقيع وهو التثبت من تحرير الصحيفة من مستوى خاص من المشتغلين بالمحاماة لضمان قدر مناسب من الدفاع ومعاونة القضاء)

ولا يلزم أن يرد التوقيع على كل من الأصل والصور وإنما يكفى أن يوقع المحامى على اصل الصحيفة أو على إحدى الصور فليس يلازم فى خصوص هذا البيان أن يتطابق الأصل مع الصور اكتفاء بوروده فى أحدهما دون الآخر (1981/4/18 – م نقض م – 32 – 1161 – 1981/2/22 – م نقض م – 32 – 579 – 1979/2/7 – م نقض م – 30 العدد الأول – 505 – 1973/5/2 – م نقض م – 24 – 703 – 1964/3/11 – م نقض م – 15 – 335) كما يكفى التوقيع على ورقة إعادة الإعلان إذا تضمنت ذات بيانات الصحيفة ويشترط أن تكون صحيحة فى شانها إذ تتحقق بذلك الغاية من التوقيع (1976/2/2 طعن 437 سنة 40 ق)

ولا يلزم التوقيع على غير الأوراق التى حددها نص المادة 58 من قانون المحاماة وهى صحف الدعاوى والطعون وطلبات أمر الأداء ، فلا يتجاوز ذلك إلى غيرها من الإجراءات قياسا عليها بدعوى اتحاد العلة (1967/12/7 – م نقض م – 18 – 1826) ومن ثم لا يلزم التوقيع من محام على الإنذارات أو الاعذارات أو أوراق تعجيل الدعوى من الشطب أو الوقف أو الانقطاع أو على محاضر الحجز أو أوراق المحضرين الأخرى (نصر الدين فى الدعوى وإجراءاتها بند 27) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بعدم لزوم التوقيع على قائمة شروط البيع (1967/12/7 – م نقض م – 18 – 1826) أو على صحيفة تجديد الدعوى بعد القضاء بانقطاع سير الخصومة فيها أو وقفها أو تجديدها بعد صدور الحكم من محكمة النقض (1983/6/30 فى الطعون 2420 – 2370 – 2386 سنة 52 قضائية – م نقض م 34 – 1514)

ولا ينال من صحة التوقيع ما يكون قد وقع من المحامى من مخالفة لقانون المحاماة إلا إذا تضمن النص فى خصوص المخالفة جزاء البطلان ، ذلك أن نص المادة 76 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 وان حظر على المحامى التوقيع على صحف الدعاوى والطعون وسائر أوراق المحضرين والعقود المقدمة للشهر العقارى أو الحضور أو المرافعة بالمخافة لأحكام ممارسة أعمال المحاماة المنصوص عليها فى هذا القانون وإلا حكم بعدم القبول أو البطلان بحسب الأحوال ما لم يرتب البطلان على كل مخالفة لأحكام قانون ممارسة أعمال المحاماة وإنما ترك الجزاء على مخالفة هذه الأحكام وفق ما يقضى به حكم النص المخالف ومن ثم فان مخالفة نص المادة 14 من قانون المحاماة الذى يحظر الجمع بين المحاماة والوظيفة العامة والهيئات العامة بالإدارة المحلية أو وظائف شركات القطاع العام أو الوظائف الخاصة لا يترتب عليها بطلان عمل المحامى عند نص المادة المذكورة فى جزاء يمس صحة الإجراء الذى قام به المحامى (1991/4/2 طعن 1 سنة 56 قضائية – 1991/2/24 طعن 2232 سنة 55 قضائية)

ولا ينال من صحة التوقيع أن يكون المحامى الذى وقع الصحيفة كان قبل اشتغاله بالمحاماة ضمن هيئة قضائية أصدرت حكما حائزا قوة الأمر المقضى وأصبح حجة على الخصوم ثم وكل عن أحد الخصوم فى باقى النزاع الذى لم يفصل فيه بعد (1982/12/28 طعن رقم 867 لسنة 49)

ولا يترتب على الجمع بين وظيفة المحاماة وبين الوظيفة العامة بطلان العمل الذى قام به المحامى لان المادة 14 من القانون 17 لسنة 1983 التى حظرت الجمع بين المحاماة والوظائف العامة فى الحكومة والهيئات العامة بالإدارة المحلية والوظائف فى شركات القطاع العام أو الوظائف الخاصة لم تضع صحة الإجراءات الذى يقوم به المحامى بالمخالفة لهذا الحظر (1991/4/2 طعن 3 سنة 59 قضائية)

والمشرع لم يقرر جزاء على حضور المحامى غير المقيد بجدول محاكم الاستئناف عن ذوى الشأن أمام هذه المحاكم إذ أن المادة 37 من القانون 83/17 اقتصرت على النص على انه " المحامى المقيد بجدول محاكم الاستئناف حق الحضور والمرافعة أمام جميع محاكم الاستئناف ومحاكم القضاء الإداري فى حين أن المادة 41 تنص على انه

" لا يجوز لغير المحامين المقيدين أمام محكمة النقض الحضور أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا والمحكمة الدستورية العليا " (1991/2/5 طعن 99 لسنة 559 قضائية)

كما ولا يجوز التوقيع من المحامين بالإدارات القانونية بالهيئات العامة والمؤسسات العامة والوحدات التابعة لها من شركات القطاع العام أو شركات قطاع الأعمال على غير الأوراق المتعلقة بالجهات التى يعملون بها رغم أنهم مقيدون بأحد جداول المحامين بنقابة المحامين وهو الجدول الخاص بالمحامين بالقطاع العام والهيئات العامة والمؤسسات الصحيفة المشار إليه بالفقرة الأخيرة من المادة 10 من قانون المحاماة رقم 17 سنة 1983 وكان قانون المحاماة السابق ومن بعده القانون رقم 17 سنة 1983 قبل تعديله بالقانون 227 سنة 1984 خاليا من النص على البطلان جزاء توقيع المحامين المذكورين على الأوراق التى لا تتعلق بالجهات التى يعملون بها ، فقضت محكمة النقض فى ظل ذلك بان توقيعهم على تلك الأوراق لا يؤدى إلى بطلان الأعمال التى يقومون بها (1979/6/12 - م نقض م - 30 العدد الثانى - 613 - 1982/6/7 - م نقض م - 23 - 687) .. غير أن المشرع تدخل بالقانون 227 سنة 1984 بتعديل المادة 8 من القانون 17 لسنة 1983 نجعلها تنص على انه " مع عدم الإخلال بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية لا يجوز لمحامى الإدارات القانونية للهيئات العامة وشركات القطاع العام والمؤسسات الصحفية أن يزاولوا أعمال لغير الجهة التى يعملون بها وإلا كان العمل باطلا وكما لا يجوز للمحامى فى هذه الإدارات القانونية الحضور أمام المحاكم الجنائية إلا فى الادعاء بالحق المدنى فى الدعاوى التى تكون الهيئة أو الشركة أو المؤسسة طرفا فيها وكذلك الدعاوى التى ترفع على مديريها أو العاملين بها بسبب أعمال وظيفته ولا يسرى هذا الحظر بالنسبة للقضايا الخاصة بهم وبأزواجهم وبأقاربهم حتى الدرجة الثالثة وذلك فى غير القضايا المتعلقة بالجهات التى يعملون بها " وواضح من صريح نص الفقرة الأولى انه قرر جزاء البطلان على مخالفة محامى تلك الإدارات للحظر الوارد بها ، ويلاحظ أن الاستثناء من الحظر الوارد فى الفقرة الأخيرة بالنسبة للقضايا الخاصة بهم وبأزواجهم وأقاربهم حتى الدرجة الثالثة .

ويكون بطلان عمل المحامى بتلك الإدارات لغير الجهة التى يعمل بها منوط بتوافر شرطين أولهما أن يكون ملتحقا وقت قيامه بالعمل بإحدى الإدارات القانونية المبينة فى النص ، وثانيهما أن يزاول أعمال المحاماة لغير الجهات المذكورة فإذا كان وقت قيامه بالعمل حاصلا على أجازة بدون مرتب للعمل مستشار قانونيا فى الخارج وكان من شأن هذه الأجازة زوال ولايته من أعمال وظيفته الأصلية فلا يتوافر الشرطان السالفان (1991/4/28 طعن 668/641 سنة 60 قضائية) وإذ كان نص المادة 8 السالف يجيز لأولئك المحامين مزاولة أعمال المحاماة بالنسبة إلى القضايا الخاصة بهم وبأزواجهم وأقاربهم حتى الدرجة الثالثة إلا انه يشترط لصحة هذه الأعمال أن تكون غير متعلقة بالجهات التى يعملون بها وإلا كان عملهم باطلا (1991/4/16 طعن 3479 سنة 57 قضائية – 1990/1/29 طعن 2231 سنة 57 ق)

ولا يجوز لأعضاء هيئة قضايا الدولة التوقيع على غير الأوراق المتعلقة بالجهات التى تنوب عنها الهيئة وفقا قانونها رقم 75 لسنة 1963 المعدل بالقانون 10 سنة 1986 وإلا وقع العمل باطلا (1983/1/23 طعن 329 سنة 44 قضائية – م نقض م – 34 – 294) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض ببطلان توقيع عضو الهيئة على صحيفة طعن مرفوع من الاتحاد الاشتراكي باعتباره تنظيما سياسيا (1978/4/25 – م نقض م – 29- 1101) أو على صحيفة مرفوع من إدارة أموال المعتقلين منشاة بموجب الأمر العسكرى رقم 26 لسمنة 1948

(1962/6/14 – م نقض م – 13 –795) .

ويعفى من التوقيع فى الحالات التى يرد بها نص خاص ومن ذلك ما تفيده الفقرة الرابعة من المادة 58 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 من انه لا يلزم التوقيع على صحف الدعاوى الجزئية وطلبات أمر الأداء متى كانت قيمتها تقل عن خمسين جنيها ويلاحظ فى هذا الصدد أن الدعاوى التى ترفع أمام المحكمة الابتدائية يتعين التوقيع على صحفها دائما ولو كانت قيمتها تقل عن خمسين جنيها ، ومن ذلك أيضا الطعن فى قرارات الجمعية العمومية لنقابة وفقا للمادة 135 مكررا المضافة بالقانون 227 لسنة 1984 إلى القانون 17 لسنة 1983 والتى تجيز لخمسين محاميا على الأقل ممن حضروا الجمعية العمومية أو شاركوا فى انتخاب مجلس النقابة الطعن على القرارات الصادرة فيها وفى تشكيل مجلس النقابة بتقرير موقع منهم بشرط التصديق على توقيعاتهم .

ولم يشترط النص أن يكون التقرير موقعا من محام مقيد بجدول المحامين المقبولين لدى محكمة انقض كما لم تشترط ذلك فى المحامين الطاعنين

التوقيع والنظام العام :

وشرط التوقيع على الصحيفة من محام تتوافر فيه الشروط الثلاثة السالفة يتعلق بالنظام العام ، ويترتب على مخالفته بطلان الصحيفة بطلانا متعلقا بالنظام العام سواء بخلو الصحيفة وصورها من التوقيع (1984/6/7 طعن 2127 لسنة 51 قضائية) أو لتوقيعها من محام غير مشتغل أو من محام غير مقيد بجدول المحامين الخاص بدرجة المحكمة التى رفعت إليها الدعوى أو الطعن ومن ثم يجوز التمسك به فى أية حالة كانت ويتعين على المحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها (1984/3/15 طعن 1197 سنة 50 قضائية – 1983/3/19 – م نقض م – 34 – 661 – 1983/1/23 – م نقض م –34- 294- 1981/2/22 – م نقض م – 32 – 579 – 1973/2/2 – م نقض م – 24 – 282) غير انه بالنظر إلى انه يقوم على واقع فلا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض (1984/10/25 طعن 494 سنة 50 قضائية – 1977/6/8 طعن رقم 392 سنة 44 قضائية – م نقض م – 20 – 685)

الآثار المترتبة على بطلان الصحيفة :

ويترتب على القضاء ببطلان الصحيفة لتخلف شرط التوقيع عليها من محام تتوافر فيه الشروط الثالثة السالفة ، إلغاء جميع الإجراءات المترتبة عليها بما فى ذلك إجراء إيداعها قلم الكتاب وما كان قد ترتب عليها من آثار واعتبار الخصومة لم تنعقد فإذا كانت محكمة ثانى درجة قد قضت ببطلان حكم أول درجة استنادا إلى بطلان الصحيفة لعدم التوقيع عليها من محام وجب عليها أن تقف عند حد القضاء ببطلان الحكم دون أن تتصدى لنظر الموضوع ودون أن تعيد الدعوى لأول درجة (1973/5/15 – م نقض م – 24 – 748 – ويراجع ما ورد بشأن آثار القضاء ببطلان الحكم لعدم انعقاد الخصومة)

تصحيح بطلان الصحيفة :

ويجوز تصحيح بطلان الصحيفة لعدم التوقيع عليها من محام مقيد بجدول المحامين ومقبول للمرافعة أمام المحكمة المرفوع إليها الدعوى ، وذلك بتوقيع محام مقيد ولو بعد رفع الدعوى ولكن يشترط أن يتم ذلك فى ذات درجة التقاضى التى استلزم القانون توقيع المحامى على صحيفتها إذ بصدور الحكم فيها تخرج الدعوى من ولايتها فإذا كانت الدعوى مرفوعة إلى محكمة أو درجة وجب استكمال التوقيع أمام هذه المحكمة فإذا صدر فيها احكم امتنع إجراءا التصحيح أمام محكمة ثانى درجة ، كما يشترط ومن ثم التصحيح خلال الميعاد المقرر عملا بالمادة 23 من قانون المرافعات فإذا كانت صحيفة الاستئناف غير موقع عليها من محام مقرر وجب أن يتم التصحيح خلال ميعاد الاستئناف (1983/1/23 طعن 329 سنة 44 ق – م نقض م – 34 – 294 – 1970/4/16 طعن 387 سنة 35 ق – م نقض م – 21- 646)

إعــلان صحيفــة الدعــوى

يتم إعلان صحيفة الدعوى بواسطة المحضرين عملا بنص المادة السادسة من قانون المرافعات والتى تنص على إن " كل إعلان أو تنفيذ يكون بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة ؟ ويقوم الخصوم أو وكلائهم بتوجيه الإجراءات وتقديم أوراقها للمحضرين لإعلانها أو تنفيذها كل هذا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " .

مواعيــد الإعــلان :

فقد حددت المادة السابعة من قانون المرافعات المواعيد التى يجوز إجراء الإعلان فيها وهى من الساعة السابعة صباحا حتى الساعة الثامنة مساءا .

فقد نصت المادة 7 على انه " لا يجوز إجراء أى إعلان أو تنفيذ قبل الساعة السابعة صباحا ولا بعد الساعة الثامنة مساءا ولا فى أيام العطلات الرسمية إلا فى حالات الضرورة وبإذن كتابى من قاضى الأمور الوقتية "

بيانات إعلان صحيفة الدعوى :

فقد حددت المادة التاسعة من قانون المرافعات البيانات الواجب توافرها فى إعلان صحيفة الدعوى حيث نصت على انه " يجب أن تشتمل الأوراق التى يقوم المحضرون بإعلانها على البيانات الآتية :

تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التى حصل فيها الإعلان .

اسم طالب الإعلان ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه واسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه وكذلك إن كان يعمل لغيره .

اسم المحضر والمحكمة التى يعمل فيها .

اسم المعلن إليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه فإن لم يكن له موطنا معلوما وقت الإعلان وآخر موطن كان له .

اسم وصفة من سلمت إليه صورة الورقة وتوقيعه على الأصل بالاستلام .

توقيع المحضر على كل من الأصل والصورة ".

البيان الأول : تاريخ الإعلان

ولهذا البيان أهمية كبيرة تظهر 1) عند تحديد التاريخ الذى يبدأ منه سريان المواعيد التى نص القانون على بدئها من يوم إعلان الورقة كميعاد الطعن فى الحكم فى بعض الأحوال أو ميعاد التكليف بالحضور 2) عند تحديد الوقت الذى تبدأ منه الآثار القانونية المترتبة على الإعلان كقطع التقادم والالتزام بفوائد التأخير 3) عند التحقيق مما إذا كان الإعلان قد حصل فى يوم وساعة يجوز فيها الإعلان أم انه حصل فى وقت لا يجوز فيه ذلك الإعلان .4) التاريخ لازم الصحة الورقة الرسمية . (أبو الوفا ص444 مرجع سابق)

لا يلزم استخدام الكتابة والأرقام بل يكفى أحدهما وان وقع تعارض بينهما رجع الأول ، ويتعين أن يكون التاريخ بالتقويم الميلادى ، ولا يلزم ذكر اسم اليوم فإن ذكر واتضح عدم مطابقته مع التاريخ رجح التاريخ ما لم تدل قرائن الأحوال على العكس ، وإذا اختلف التاريخ بين الأصل والصورة للمعلن إليه التمسك بالصورة ، وإذا وقع فى البيان نقص أمكن تكملته من باقى بيانات الورقة (1953/1/8 – م نقض م – 4- 328) ولا يجدى التمسك بعدم ذكر الساعة دون الادعاء بحصول الإعلان فى ساعة لا يجوز إجراؤه فيها (1969/12/23 – م نقض م – 20 – 1303 – 1981/2/22 طعن 1060 سنة 45 ق – 1989/7/30 طعن 983 سنة 53)

وقد قضت محكمة النقض بأن " خلو الصورة من بيان تاريخ إعلان صحيفة دعوى الشفعة لا يترتب عليه البطلان طالما تحققت الغاية من الإجراء (1978/11/29 طعن 1898 سنة 51 قضائية). (محمد كمال عبد العزيز مرجع سابق)

البيان الثانى : الخاص بطالب الإعلان

فقد أوجب النص ذكر اسم طالب الإعلان ولقبه أو وظيفته وموطنه واسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه كذلك إن كان يعمل لغيره ، وبهذا البيان تتحدد شخصية المعلن لدى المعلن إليه فيتمكن من معرفة موطنه وما إذا كان يعمل باسمه أو باسم غيره للرد على إعلانه إذا رأى لذلك محلا .

والبيانات المتعلقة بالمدعى يكمل بعضها البعض الآخر ، لأن الغرض المقصود منها التعريف بالمدعى ، وإذا أدت إلى الشك فى شخصية المعلن بطل الإجراء . وإذا ورد نقص أو خطأ فى بيان من البيانات المقدمة فلا يبطل الإعلان إلا إذا كان يجهل بالمعلن . وعلى ذلك فإغفال مهنة أو وظيفة طالب الإعلان لا يؤدى إلى البطلان طالما أن البيانات الأخرى الواردة فى الورقة لا يمكن أن تؤدى إلى الشك فى حقيقة شخصيته . (أبو الوفا ص445 مرجع سابق)

وكل خطأ فى الاسم ليس من شأنه التجهيل لا يبطل الإعلان (1963/6/20 – م نقض م – 14- 878 – 1983/11/14 طعن 503 سنة 50 قضائية – 1992/4/20 طعن 2194 سنة 56 ق) فإذا اغفل طالب الإعلان بيان موطنه الأصلي فيكفى بيان موطنه المختار (1964/12/17 – م نقض م – 15- 1189) وتكفى الصفة إذا حددت الشخصية كما تكفى الكنية أو اسم الشهرة إذا غلبا على الاسم الرسمى ، وإذا لم يصرح المعلن بصفته فالأصل انه يعمل لحسابه أما إذا كان يعمل لحساب غيره فانه يجب إيراد البيانات المتعلقة بهذا الأخير أى الأصيل وتكون العبرة بالبيانات المتعلقة بالأصيل لأنه الخصم الحقيقى ومن ثم لا يؤثر فى صحة الإعلان ما قد يقع من خطأ فى بيانات ممثله (على سبيل المثال نقض 1967/12/6 – م نقض م – 18 – 1820 – 1956/2/23 – م نقض م – 7 256) وإذا تعدد المعلنون وجب إيراد البيانات المتعلقة بك منهم وإلا بطل الإعلان بالنسبة لمن نقضت بياناته وحده . وإذ ثبت وفاة المعلن قبل إجراء الإعلان بط هذا الإعلان ما لم يثبت جهل المحضر بالوفاة قبل إجرائه (العشماوى بند 549) كما يبطل الإعلان إذا وجه من الورثة دون تفصيل البيانات المتعلقة بك منهم . وإذا وجه من الحكومة أو احد مصالحها أو احد الأشخاص الاعتبارية العامة ، يكفى ذكر صفة من يمثلها دون اسمه وإذا كانت معلنة من احد الأشخاص الاعتبارية الأخرى فلا يهم إغفال أو الخطأ فى اسم ممثلها إذا يكفى بيان اسم الشركة ومركزها (1966/5/25 – م نقض م – 17 – 1236 – 1960/6/30 – م نقض م – 11- 82) وإذا كان هذا الشخص فى حالة تصفية وجب ذكر البيانات المتعلقة بالمصفى وإلا بطل الإعلان . وبديهى انه لا مجل لذكر المهنة أو الوظيفة إلا عند توافر أحداهما لطالب الإعلان فإن تعددت المهن أو الوظائف اكتفى بواحدة منها ، وإذا تعددت الصفات وجب ذكر الصفة التى يخاصم بها .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " الغرض من البيانات المتعلقة بطالب الإعلان والمعلن إليه هو تعيين شخص كل منهما فلا يؤدى النقص أو الخطأ فى بعضها إلى البطلان ما دام ليس من شأنه التجهيل بالشخص ، فإذا كان الثابت من الإعلانات المتبادلة أن اسم المعلن إليه كان يسبق بلقب " السيد " فإن ورود لفظ سيد فى بداية الاسم فى إعلان آخر يكون من قبيل الخطأ المادى " (1994/6/16 طعن 1134 سنة 59 قضائية)

البيان الثالث : اسم المحضر والمحكمة التى يعمل بها

فقد أوجب النص إيراد اسم المحضر ولقبه والمحكمة التابع لها .

وبهذا البيان تتحقق صفة الشخص الذى يباشر الإعلان ومدى اختصاصه بإجرائه .

وقد قضت محكمة النقض على انه " مادام النعى على الإعلان فى هذا الصدد لا يتضمن الادعاء بان من قام الإعلان من غير المحضرين ، فإنه لا يجدى صاحب النعى التمسك بان الاسم مكتوب بخط غير مقروء أو إغفاله كلية " (1970/5/5 – م نقض م – 21- 787 – 1969/12/25 – م نقض م – 20- 1322 – 1961/6/1 – م نقض م – 12- 527)

البيان الرابع : الخاص بالمعلن إليه

المعول عليه أن تحدد شخصية المعلن إليه على وجه لا ليس فيه ولا يلزم استخدام ألفاظ معينة إذ المقصود هو إعلام ذوى الشأن إعلاما كافيا بالبيانات العامة بأسماء الخصوم وصفاتهم وكل ما يكفى للدلالة على ذلك يحقق الغاية التى ينشدها القانون ومن ثم فانه متى كان الشخص مختصما أمام أول درجة بصفته ناظرا على وقف إعلان صحيفة الاستئناف يكون صحيحا ولو لم يقترن اسمه فيه بهذه الصفة متى كان واضحا من بيانات الصحيفة انه اختصم بتلك الصفة (1966/12/29 – م نقض م – 17- 1996) وإذا لم يعترض المعلن إليه على أن الاسم المثبت فى الإعلان هو الاسم المعتاد فى مخاطبته فلا يترتب أى بطلان (1953/4/23 – م نقض م – 4-929) . (محمد كمال عبد العزيز مرجع سابق)

البيان الخامس : الخاص بالشخص الذى استلم الصورة

لقد أوجب النص بيان اسم مستلم الصورة وصفته التى تخوله استلامها وبديهى أن ذلك إنما يعتمد على ما يدلى به إلى المحضر الذى لا يدخل فى وظيفته التحقق من هذه البيانات .

ويؤكد النص على عدم تسليم صورة الورقة إلا لمن يوقع على أصلها بالاستلام وإذن إذا امتنع صاحب الصفة فى تسلم الصورة عن التوقيع على الأصل بالاستلام أو امتنع عن استلامها وجب تسليم الصورة إلى جهة الإدارة على ما تقرره المادة 1/11 المستخدمة . وكذلك الحال إذا امتنع عن ذكر اسمه أو صفته التى تبرر تسلمه الإعلان .

وإذا سلمت الصورة فى الموطن لمن امتنع عن التوقيع الاصلى على أصلها بالاستلام ، فإن الإعلان يكون باطلا فى ظل التعديل الجديد ، بينما إذا تم هذا الإعلان فى ظل القانون السابق فانه يكون صحيحا ، اعتبارا بأن الإجراء يأخذ من حيث صحته وبطلانه القاعدة المقررة فى ظل القانون الذى ورد الإجراء فى ظله . (أبو الوفا ص 446 مرجع سابق)

البيان السادس : الخاص بتوقيع المحضر

وهذا التوقع شرط لازم بصحة الورقة الرسمية ويجب أن يتم بخطه فلا يكفى الختم أو الطابع الخاص ، وهذا البيان يكمل البيان الثالث بحيث يكفى التوقيع إذا خلت الورقة من اسم المحضر ، وقد ذهب الفقه إلى انه إذا كان التوقيع غير مقروء وخلت الورقة من اسم المحضر بطلب الورقة ، إلا أن محكمة النقض قضت بأنه متى أورد فى الورقة وصورتها اسمه وتوقيعه انتفى البطلان ولو كان الخط والتوقيع غير مقرأين مادام م يدع أن من قام بالإعلان من غير المحضرين (1961/6/1 – م نقض م – 12- 527 – 1976/3/16- م نقض م 27-665 – 1981/2/22 – م نقض م – 32 – 579 – 1989/3/19 طعن 142 سنة 56 ق)

ولكن إذا خلا اصل الورقة أو صورتها من توقيع المحضر ولو كان غيره مقروء ، فقدت الورقة رسميتها ووقع الإعلان معدوما حسبما أوضحنا آنفا ، وقد قضت محكمة النقض بأنه " جرى قضاء هذه المحكمة على ان توقيع المحضر على الورقة التى تم بها الإجراء الذى قام به هو الذى يكسبها صفتها الرسمية فإذا خلت من هذا التوقيع فقدت ذاتيتها كورقة رسمية وانعدام أى اثر لها وتعق بطلانها لهذا السبب بالنظام العام فيجوز إبداؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوى " (1982/4/22 طعن 1058 سنة 45)

كذلك قضت محكمة النقض بأنه " بطلان الصحيفة الناشئ عن إغفال توقيع المحضر على الصورة من النظام العام ولا يسقط بحضور المعلن إليه الجلسة ، كما لا يسقط بعدم تمسكه به ولا النزول عنه " (نقض 1983/6/5 الطعن رقم 32 سنة 50 ق) . (راجع فيما سبق محمد كمال عبد العزيز ص354 ، أبو الوفا ص447)

تطابق الأصل والصورة :

ويتعين أن يتطابق الأصل والصور ، وبعبارة أخرى يتعين أن يتضمن كل من الأصل والصور جميع البيانات المطلوبة فى الورقة ، أى أن يكون منها فى ذاته صحيحا (سوليس ص400 والحكم المشار إليه جلاسون 2 رقم 426 وجارسونيه رقم 93 ، وتعليقات بالاجى على المادة 36 رقم 8)

وقد حكم إعمالا للمبدأ المتقدم بأنه يتعين أن يثبت المحضر فى الأصل والصورة كل الخطوات التى اتخذها قبل تسليم الإعلان ، وإلا كان باطلا (نقض 8 يونية 1944 مجموعة القواعد القانونية رقم 4 ص414) . وحكم بأنه إذا تطابق الأصل والصورة ووردت فى الأخيرة بعض العبارات المشطوبة فلا يبطل الإعلان بل تعتبر هذه العبارات كان لم تكن (تعليقات دالوز على قانون المرافعات – المادة 61 رقم 22) وحكم أيضا بأن الإعلان لا يبطل ولو ورد بالصورة نقض أو خطأ كان من الممكن تدارك هذا أو ذاك من صلب الصورة نفسها (تعليقات بالاجى على المادة 4 رقم 2)

وحكم بأنه إذا لم تشمل صورة الإعلان على بيان تاريخ الجلسة كان باطلا ولو اشتمل الأصل على هذا البيان (نجع حمادى الجزئية 16 ابريل 1904 المجموعة الرسمية 6 ص 90 واستئناف مختلط 13 مارس 1931 مجلة التشريع والقضاء 43 ص 389) . ومع ذلك فقد حكم بأنه لا يعتد بتاريخ الإعلان المذكور فى الأصل وإنما يعتد بما ورد فى الصورة (بالاجى رقم 1) – وحكم بأنه إذا لم تشتمل الصورة المعلن على موطن المعلن إليه (الذى تم الإعلان فيه فعلا) فلا يبطل طالما أن هذا البيان قد ذكر فى الأصل وفى كل صورة وجهت إلى باقى الخصوم ، وطالما انه قد ذكر فى الصورة الأولى أنها تركت فى موطن المراد إعلانه استئناف مختلط 17 ديسمبر 1891 مجلة التشريع والقضاء 4 س55 ولا غبار على هذا الحكم الأخير) ، وكذلك الحال لو أغفلت الصورة بيان تاريخ حصول الإعلان (استئناف مختلط 17 ديسمبر 931 مجلة التشريع والقضاء 44 ص 73)

وبناء على المبدأ المتقدم إذا اعتور الصور نقص أو خطأ بطل الإجراء ولو كان الأصل صحيحا ، وإذا كانت الصورة صحيحة دون الأصل كان الإجراء مشوبا أيضا بالبطلان ، ولا يعمل فى هذا الصدد بالقاعدة المقررة فى القانون المدنى التى تقضى بأنه إذا كان اصل الورقة الرسمية موجودا فان صورتها تكون حجة بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل (م 392 من القانون المدنى) وذلك لان العقد الرسمى حرر باتفاق طرفيه وإملائها فيما على علم بما يتضمنه ، فإن شاب الصورة نقص أو خطأ سهل عليهما الرجوع إلى الأصل وهو الذى يعتد به فى هذا الصدد . وقد قيل أن القانون بالنسبة لأوراق المرافعات ، يفترض أن المعلن إليه لا يعلم غير ما تضمنه الصورة ، فيتعين أن تشمل الصورة على كافة البيانات المطلوبة ، فان شابها خطأ او نقص كانت باطلة لأنها فى مركز الأصل وقوته ولا يجوز أن يحتج على المعلن إليه بما ورد فى الأصل من البيانات التى خلت منها الصورة المسلمة إليها (جلاسون المرجع السابق والعشماوى 2 رقم 75 ومرجع القضاء رقم 6921 ورقم 6922 ورقم 6931 ورقم 6946) ، وقيل أيضا أن القاعدة المتقدمة لا تطبق إلا لمصلحة المعلن إليه بمعنى انه إذا كان الأصل مشوبا بالخطأ أو النقض وكانت الصورة صحيحة فالإعلان على الرغم من ذلك يعد باطلا ، ولم يجد الشراح ما يبرر هذه القاعدة الأخيرة (وهى محل نقد من بعضهم) . (جلاسون المرجع المتقدمة الإشارة إليه)

ويلاحظ انه إذا كان الأصل معيبا جار للمعلن إليه أن يتمسك بالبطلان بغير حاجة إلى إبراز الصورة لان الأصل حجة على الطالب .

ويلاحظ أيضا انه إذا وقع تناقض بين ما أثبته المحضر فى الأصل وما أثبته فى الصورة فلا يكون المعلن إليه فى حاجة إلى الادعاء بالتزوير لإبطال الإجراء إذ انه يبطل لمجرد التناقض بينهما ، إذا كان من شأن هذا التناقض أن يوجد الشك فى بيانات الورقة (العشماوى 2 رقم 77) .

وإذن ، إذا لم تتطابق الصورة وجوب الحكم بالبطلان بشرط أن يكون عدم التطابق متصلا ببيان جوهرى وفق الدراسة التفصيلية فى كتاب نظرية الأحكام رقم 77 والأحكام العديدة المشار إليها – قارن فتحى والى رقم 369 وما يليه .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " بوجوب اشتمال اصل الإعلان وصورته على تاريخ ووقت حصول الإعلان واسم المحضر الذى باشره وتوقيعه والمحكمة التى يتبعها وإلا كان الإعلان باطلا ... وقضت بجواز التمسك ببطلان الصورة المعلنة ولو خلا أصلها من أسباب البطلان . (نقض 1983/4/28 رقم 395 سنة 52ق)

وقضت أيضا بأن " إغفال المحضر إثبات الخطوات السابقة على إرسال الإعلان لجهة الإدارة فى اصل الإعلان وصورته يترتب عليه بطلانه . (نقض 1983/5/5 رقم 587 سنة 49ق) .

وقضت بوجوب اشتمال اصل الإعلان وصورته على اسم المحضر وتوقيعه ، فإذا خلت الصورة دون الأصل منه فللمعلن إليه التمسك ببطلان الإعلان . (نقض 1983/6/5 رقم 32 سنة 50)

ورود اسم المحضر والمحكمة التابع لها فى اصل ورقة الإعلان دون الصورة لا يترتب أى بطلان . (نقض 1983/3/29 رقم 1371 سنة 49 ق)

وجوب اشتمال اصل الإعلان وصورته على تاريخ ووقت حصول الإعلان واسم المحضر الذى باشره وتوقيعه والمحكمة التى يتبعها وإلا كان الإعلان باطلا ... ويجوز التمسك ببطلان الصورة المعلنة ولو خلال أصلها من أسباب البطلان (نقض 1983/4/28 رقم 495 سنة 52 ق وراجع أيضا نقض 1983/6/5 رقم 32 سنة 50 ق)

كيفيــة الإعــلان :

توضح المادة (10) من قانون المرافعات كيفية الإعلان حيث تنص على أن :

تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه ، أو فى موطنه ويجوز تسليمها فى الموطن المختار فى الأحوال التى بينها القانون .

وإذ لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه فى موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر انه وكيله أو انه يعمل فى خدمته أو انه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية لمشرع القانون 13 سنة 1968 : عنى المشروع بالنص " فى المادة 10 منه " على الإجراءات الواجب على المحضر إتباعها فى حالة عدم وجود الشخص المطلوب إعلانه فى موطنه فتنص على أن الورقة تسلم إلى من يقرأنه وكيله أو انه يعمل فى خدمته أو انه من الساكنين معه من أقاربه أو أصهاره ، فليس على المحضر أن يتحقق من صحة صفة من يتقدم إليه من موطن المعلن إليه لتسلم الورقة ومقتضى ذلك أن الإعلان يصح لوكيل الشخص ولو تعلقت الورقة بموضوع يجاوز نطاق الوكالة ، ويشمل تعبير من يعمل فى خدمة الشخص تابعه الذى يعمل لحسابه بأجر أيا كان نوع العمل الذى يؤديه إذ العبرة بتوافر رابطة التبعية بين من تسم الإعلان والمعلن إليه بنوع الخدمة التى يؤديها .

جاء بتقرير اللجنة التشريعية عن مشروع القانون 13 سنة 1968 : " عدلت اللجنة نصوص المادتين 10 ، 11 من المشروع الخاصتين بإعلان أوراق المحضرين بإضافة حكمين ، يقضى أولهما بضرورة تسليم الورقة لجهة الإدارة إذا امتنع من يوجد فى موطن المعلن إليه عن تسلمها ولو كان الممتنع هو المعلن إليه شخصيا ، ويقضى الثانى بضرورة إرسال خطاب مسجل بعلم الوصول إلى المعلن إليه فى كل حالة يحصل فيها تسليم الورقة لغير المعلن إليه ولو تم التسليم فى موطنه . وكان رائد اللجنة فى هذا التعديل ضمان علم المعلن إليه بالورقة وتفادى ما يتعرض له هذا العلم من احتمالات فى العمل) " يلاحظ التعديل الثانى الذى ادخل على الفقرة الثانية من المادة 11 بموجب القانون 100 لسنة 1974"

ويلاحظ من نص المادة السابقة انه يتم تسليم الإعلان إلى شخص المعلن إليه .

والإعلان لشخص المعلن إليه جائز فى أى مكان يوجد فيه ولو فى غير موطنه .

ولكن إذا امتنع المعلن إليه الذى خاطبه المحضر شخصيا فى غير موطنه ، عن الاستلام أو التوقيع فإننا نرى أن يتعين على المحضر فى هذه الحالة الانتقال إلى موطن المعلن إليه لإجراء الإعلان على النحو الذى فصله القانون إذا امتنع من وجده سواء كان هو شخص المعلن إليه أو غيره ممن عددتهم المادة عن الاستلام انتق المحضر لتسليم الصورة إلى جهة الإدارة ، ولكن يمتنع عليه تسليم الصورة إلى جهة الإدارة مباشرة لمجرد القول بامتناع المعلن إليه عند مخاطبته له فى غير موطنه عن الاستلام أو التوقيع ، وذلك بتقدير أن الأصل أن يتم تسليم الصورة فى موطن المعلن إليه .

أما إذا امتنع المعلن إليه الذى خاطبه المحضر فى موطنه عن استلام الصورة أو عن التوقيع فانه يتعين على المحضر بصريح نص الفقرة الأولى من المادة 11 بعد تعديها بالقانون رقم 95 لسنة 1976 ، تسليم الصورة إلى جهة الإدارة ، فإن لم يفعل لا يعتبر الإعلان قد تم ، لأنه إذا امتنع شخص المعلن إليه عن الاستلام فلا تكون الصورة قد سلمت وبالتالى لا يكون هناك إعلان لأن الإعلان لا يتم إلا بتسليم الصورة إلى من حدده القانون وإذا امتنع شخص المعلن إليه عن التوقيع امتنع على المحضر وفقا للنص بعد تعديه بالقانون 95 لسنة 1976 تسليمه الصورة ، فلا يكون هناك إعلان كذلك . وقد جرى قضاء محكمة النقض على انه فى حالة امتنع شخص المعلن إليه عن الاستلام يجب على المحضر تسليم الصورة إلى جهة الإدارة وإلا كان الإعلان باطلا (1951/11/15 – م نقض م – 3- 65- 7-11-1957 طعن 345 سنة 23 قضائية – م نقض م – 8- 776)

وإذا لم يجد المحضر الشخص المراد إعلانه :

فعليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر انه وكيله أو انه يعمل فى خدمته أو انه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار ، ولا يشترط فيمن يتسلم الورقة المعلنة أن يكون قد بلغ من الرشد وإنما يكفى أن يكون مميزا ومدركا أهميتها وضرورة تسليمها لصاحب الشأن .

وإغفال المحضر إثبات عدم وجود المطلوب إعلانه يترتب عليه بطلان ورقة الإعلان (نقض 4 يناير 1962 السنة 13 ص345 ونقض 25 ابريل 1963 سنة 14 ص616) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " عدم جواز تسليم صورة الإعلان إلى الوكيل إلا إذا توجه المحضر إلى موطن المراد إعلانه فلم يجده " (نقض 1973/1/25 – 24- 103)

ويعتبر الإعلان صحيحا متى سلمت الورقة إلى احد المتقدم ذكرهم ولو لم تصل بالفعل إلى المراد إعلانه ، وبعبارة أخرى ، لا يجدى الادعاء بعدم وصول الإعلان متى سلم تسليما صحيحا وفق القانون ، ما لم يحصل الادعاء بتزوير محضر الإعلان (نقض 17 فبراير 1966 لسنة 17 ص318) .

الإعلان فى الموطن :

والمقصود بالموطن كما عرفته المادة 40 من التقنين المدنى هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ويجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن كما يجوز إلا يكون له موطن " وقد جاء عنها فى المذكرة الإيضاحية لمشرع التقنين المدنى " ومجرد الوجود أو السكنى فى مكان ما لا يجعل منه موطنا ما لم تكن الإقامة فيه مستقرة ولا يقصد بالاستقرار اتصال الإقامة دون انقطاع وإنما يقصد استمرارها على وجه يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخللتها فترات غيبه متقاربة أو متباعدة .... والموطن وفقا لهذا التصوير حالة واقعية لا مجرد رباط صناعى يخلفه القانون ويصل به بين شخص معين ومكان معين وذلك يكون من المتصور أن يتعدد موطن الشخص أو أن ينتفى على وجه الإطلاق ... وعلى هذا النحو يوجد إلى جانب الموطن الذى يعيبه الشخص باختياره من جراء إقامته المعتادة فيه ،ثلاث أنواع من الموطن : أولا : موطن إعمال يكون مقصورا على ناحية معينة من نواحى نشاطه الشخصى ... فالمكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو صناعة أو حرفة يعتبر بالنسبة الى الغير موطنا له فيما يتعلق بإدارة هذه الأعمال .... على أن المكان الذى يباشر فيه الموظف عمله لا يعتبر موطنا له وفقا لهذا التعريف – ثانيا – موطن قانونى ينسبه القانون للشخص ولو لم يقم فيه عادة

كما هو فى حالة القاصر والمحجور عليه فالقانون يجعل موطن وليه أو وصية أو قيمة أو وكيله موطنا له .. ثالثا – محل مختار يتخذه الشخص لتنفيذ عمل قانونى معين كما إذا اختار موطن له مكتب محاميه "........" وواضح من نص المادة 40 مدنى انه اخذ فى تعريف الموطن العام بالتصوير الواقعى الذى يتسق مع الفقه الإسلامي ، فيربط بين الموطن وبين محل الإقامة ، فيتعين لاعتبار المكان موطنا لشخص بعينه أن يتوافر فيه شرطان ، أولهما مادى وهو الإقامة الفعلية ، وثانيهما معنوى وهو نية الاستيطان فيه فلا يلزم أن تكون الإقامة متصلة بغير انقطاع ، وإنما يلزم أن تكون مستقرة على نحو يتحقق معه معنى الاعتياد ويكشف عن نية الاستيطان ، ولو تخللتها فترات غياب متباعدة او متقاربة . (والى بند 334 – العشماوى بند 564 سيف بند 245) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " النص فى المادة 40 من القانون المدنى على أن " الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة .... يدل على أن المشروع اعتد بالتصوير الواقعى للموطن – وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية – استجابة للحاجات العملية واتساقا مع المبادئ المقررة فى الشريعة الإسلامية التى أفصحت عنها المادة 20 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، فلم يفرق بين الموطن وبين محل الإقامة العادى ، وجعل المعول عليه فى تعينه الإقامة المستقرة ، بمعنى انه يشترط فى الموطن أن يقيم فيه الشخص وان تكون إقامته بصفة مستقرة وعلى وجه يتحقق فيه شرط الاعتياد ... ولو لم تكن مستمرة تتخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة 1977/6/1 – م نقض م – 28- 1354- وبالمعنى نفسه 1979/12/13 – م نقض م – 30- العدد الثالث – 261 – 1981/6/4 – م نقض م – 32- 1698 – 1992/1/30 فى الطعن 1507 سنة 60 قضائية) وتحديد المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة إقامة فعلية على نحو من الاستقرار أى تقدير قيام توافر عنصر الاستقرار فى الإقامة مع نية الاستيطان هو من أمور الواقع التى تخضع لسلطة قاضى الموضوع باعتبارها مسألة تقديرية لا معقب عليها فيها لمحكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا وله مأخذه من الأوراق (1966/5/26 – م نقض م- 17- 1271 – 1969/1/19 – م نقض م – 20- 84 – /1978/12 طعن 144 سنة 45 ق) . (محمد كمال عبد العزيز ص135 مرجع سابق)

ويقع على عاتق طالب الإعلان التحرى والتثبت من موطن المعلن إليه ، ولا يعتبر عجزه عن ذلك قوة قاهرة (1968/2/20 – م نقض م – 19- 315 – ويراجع التعليق على المادة 217) ويستدل المحضر على موطن المعلن إليه من البيانات التى أوردها طالب الإعلان فى الورقة ، فإذا اخبر فيه انه انتقل إلى مكان آخر اثبت ذلك فى محضره وانتقل إلى المكان الجديد إذا كان يدخل فى دائرة اختصاصه المكانى أو أرسل الأوراق إلى قلم المحضرين المختص ، فإذا اخفق المحضر فى التوصل إلى الموطن الحقيقى للمعلن إليه اثبت ذلك فى محضر ورد الأوراق لطالب الإعلان (1973/6/12 طعن 31/29 سنة 38 قضائية – م نقض م- 24- 894 – 1970/4/30 طعن 26 سنة 36 قضائية – م نقض م – 21-748 – والى بند 234 – محمد إبراهيم فى أصول صحف الدعاوى ص 323 وإذ دفع المعلن إليه ببطلان الإعلان لإجرائه فى مكان لا يعتبر موطنا له ، فإن الأمر لا يحتاج منه أن يطعن بالتزوير على ما أثبته المحضر من انتقاله إلى موطنه .

الإعلان فى الموطن المختار :

إذا اتخذ الخصم موطنا مختارا بالنسبة لموضوع معين (م63) ، فمن الجائز إعلانه بالأوراق المتعلقة بهذا الموضوع فى ذلك الموطن ، لأنه يقوم فى هذا الشأن مقام الموطن الأصلي ، وقد يوجب القانون فى بعض الحالات على الخصم اتخاذ موطن مختار ، فالمادة 74 تلزم الخصم الذى لا يكون له وكيل بالبند الذى به مقر المحكمة بان يتخذ له موطنا فيه . وتنص المادة 74 على انه بمجرد صدور التوكيل من احد الخصوم يكون موطن وكيله معتبرا فى إعلان الأوراق اللازمة لسير الدعوى فى درجة التقاضى الموكل هو فيها ، وبصدوره الحكم فى الموضوع يمتنع الإعلان فى الموطن المختار على تقدير أن الوكالة تنتهى بصدوره ، فلا يجوز أن يعلن فى ذلك الموطن الطعن فى الحكم (م214) إلا إذا بين المطعون ضده فى ورقة إعلان الحكم انه ما زال متخذه موطنا له ، كما لا يجوز أن تعلن فيه الأوراق المتعلقة بتنفيذه(م281) وإذا أوجب القانون على شخص اتخاذ موطن مختار له ولم يبين ذلك الموطن أو كان بيانه ناقصا أو غير صحيح جاز إعلانه فى قلم الكتاب بجميع الأوراق التى كان يصح إعلانه بها فى الوطن المختار وإذا أنفى الخصم موطنه الأصلي ، أو المختار ولم يخطر خصمه بذلك صح إعلانه فيه ويسلم الصورة عند الاقتضاء إلى جهة الإدارة طبقا للمادة 11(م12) .

ولقد نصت المادة 10 على انه يجوز تسليم الصورة فى الموطن المختار فى الأحوال التى بينها القانون ، ولا يفيد هذا النص بطلان الإعلان فى الموطن المختار فى غير هذه الأحوال ، بل أن الإعلان يجوز فى الموطن المختار إذا كان المدعى يجهل الموطن الأصلي لخصمه ، والمادة 4/9/ تقتضى هذا الفهم إذ تفترض جهل المدعى بموطن خصمه وتوجب عليه فى هذه الحالة أن يذكر فى الورقة آخر موطن كان له .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا اتخذ الخصوم موطنا مختارا جديدا أثناء سير الدعوى ، فلا هذا لا يعد دليلا على إلغائه موطنه السابق ما لم يخطر خصمه صراحة بهذا الإلغاء ، لأنه ليس ثمة ما يمنع قانون أن يكون للخصم أكثر من موطن أصلى أو مختار " (نقض 1980/4/21 رقم 1339 سنة 47ق)

ويشترط فيمن يجوز تسليمه صورة الإعلان من الأزواج والأقارب والأصهار أن يكون مقيما مع المعلن إليه فى موطنه الذى تم فيه الإعلان ، ولكن لا يلزم أن يكون له مركز قانونى يخوله حقا على العين أو أن تتوافر فى إقامته الشروط التى تخوله أن يكتسب عليها حقا قانونيا أو أن يكون قد اتخذ منها موطنا بدوره ، وإنما يكفى أن يشهد ظاهر الحال للمحضر بأنه يسكن فى العين وقت الإعلان ولو لفترة محدودة .

وفى ذلك تقول محكمة النقض " إذ نصت المادة 12 من قانون المرافعات على أن تسليم صورة الإعلان فى موطن المراد لمن يكون ساكنا معه من أقاربه وأصهاره فإنها لا تتطلب إقامة القريب أو الصهر مع المراد إعلانه إقامة عادية ومستمرة بل يكفى أن يكون ساكنا معه وقت إجراء الإعلان وان يكون ظاهر الحال الذى يشاهده المحضر فى هذا الوقت دال على ذلك " (2/1/ 1968 – م نقض م – 19 – 195)

ومن ثم يتوافر المقصود بالإقامة للطالب الذى يسكن مع قريبه المعلن إليه فترة الدراسة ، ولكن لا يتوافر لمجرد التواجد العرضى سواء للزيارة أو غيرها من الأغراض . ويجوز تسليم الصورة إلى الوكيل ، ويشترط فى هذه الحالة قيام علاقة وكالة بين المعلن إليه وبين مستلم الصورة ويذهب الرأى السائد إلى انه تكفى علاقة الوكالة ولو م تكن متعلقة بموضوع الإعلان (والي بند 234 – عاشور ص115 – وقارن العشماوى بند 570 حيث يشترط أن تكون الوكالة متعلقة بموضوع الإعلان) وعلى أية حال فإنه وإن

كان لا يشترط إقامة الوكيل إلى المعلن إليه كشأن الأزواج والأقارب والأصهار – إلا انه يشترط أن يتم تسليمه الصورة فى موطن المعلن إليه بما يستلزم تواجده فى موطن المعلن إليه وقت إجراء الإعلان فإن سلم المحضر الصورة إلى الوكيل فى مكان آخر غير موطن الأصيل المعلن إليه سواء كان موطن الوكيل او غيره ، بطل الإعلان (1955/4/14 طعن 391 سنة 21 ق – الخمسين عاما المجلد الثانى –1527 – 80 – 1966/12/17 – م نقض م – 17- 324-1969/12/13 – م نقض م – 20- 325 – 1973/1/25 – م نقض م – 24 – 103 – 1977/11/27 – م نقض م – 28-1888 – 1983/1/16 طعن 881 سنة 51 ق – 1988/1/28 طعن 2345 سنة 54)

كما أجاز المشرع تسليم الصورة إلى من يعمل فى خدمة المعلن إليه وهى عبارة تتسع لكل من تربطه بالمعلن إليه علاقة تبعية كالخادم والساعى والبواب وناظر الزراعة ووكيل الدائرة ، إذ العبرة بتوافر علاقة التبعية بين مستلم الصورة والمعلن إليه دون نظر اى نوع الخدمة (أبو الوفا فى التعليق ص114) وكان لا يشترط العمل لدى المعلن إليه طوال الوقت وإنما يكفى التردد المنتظم الدائم ، ولكن لا يكفى العمل غير المنتظم كالمرضعة والغسالة أو جليسة الأطفال ، فلا يجوز تسليم الصورة إلى مالك الفندق الذى ينزل به المعلن إليه أو احد الموظفين به (أبو الوفا فى التعليق ص114) فإذا توافرت علاقة التبعية فإنه لا يشترط أن يكون عمل التابع طوال الوقت وان كان يلزم أن يقتضى التردد المنتظم الدائم ، فلا يكفى العمل غير المنتظم كالمرضعة أو الغسالة أو جليسة الأطفال ، وهى على أية حال مسالة موضوعية ولا يشترط أن يكون التابع مقيما مع المعلن إليه وإنما يشترط أن يتم تسليمه الصورة فى موطن المعلن إليه بأن يكون متواجد فيه وقت الإعلان فإن سلمت إليه الصورة فى غير موطن المعلن إليه وقع الإعلان باطلا (1966/2/17 – م نقض م – 17- 321 – 1977/11/27 – م نقض م – 28-1888 – 1988/1//28 طعن 2345 سنة 54 قضائية) .

ويعتبر الإعلان قد تم من تاريخ تسليم الصورة فى موطن المعلن إليه إلى واحد ممن عددتهم المادة على النحو السالف دون نظر إلى تسليم الأخير الصورة التى تسلمها إلى المعلن إليه ويحاج المعلن إليه بها ويتوافر فى حقه العلم القانونى بمضمونها ولو ثبت أن من تسلم الصورة لم يوصلها إليه (17 /1966/2 م نقض م – 17- 318) وذلك كله بافتراض انتفاء الغش ، أما إذا ثبت أن الإجراءات رغم استيفائها ظاهريا لأوامر القانون ، كانت مشوبة بالغش بقصد عدم وصول الإعلان إلى المعلن إليه أو تفويت المواعيد عليه فان الإعلان يقع باطلا إعمالا لقاعدة الغش يبطل التصرفات والإجراءات (1988/2/23 طعن 9 سنة 55 قضائية – م نقض م – 39- 278) .

ويلتزم المحضر عند تسليم الصورة إلى غير المعلن إليه فى موطنه أن يثبت فى محضره عدم وجود المعلن إليه ، إذ انه لا يجوز له تسليم الصورة إلى غير المعلن إليه إلا عند غياب الأخير فيكون هذا البيان بيانا جوهريا لتبين صحة الإجراءات التى قام بها المحضر ، وإذ كان يتعين أن تستكمل الورقة عناصر صحتها من بياناتها ذاتها فلا يجوز تكملة ما بها من نقض بدليل خارج عنها فان ثبوت إغفال المحضر بيان عدم وجود المعلن إليه عند تسليم الصورة إلى غيره فى موطنه يترتب عليه بطلان الإعلان.

وقد قضت محكمة النقض بأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأصل فى إعلان أوراق المحضرين أن تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو فى موطنه ، فإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه فى موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يصح تسليمها إليه ممن عددتهم المادة العاشرة من قانون المرافعات ، فإذا سلمها لأحدهم دون أن يثبت عدم وجود المطلوب إعلانه ترتب على ذلك بطلان الورقة (1987/5/24 طعن 1264 سنة 52 ق)

كما يلتزم المحضر فى هذه الحالة ببيان اسم وصفة مستلم الصورة وصلته بالمعلن إليه ببيان أن كان من الأزواج أو الأقارب أو الأصهار أو وكيلا أو تابعا وإلا كان الإعلان باطلا (1983/12/29 طعن 323 سنة 50 ق)

والبطلان المترتب على مخالفة إجراءات الإعلان هو بطلان نسبى لمصلحة من تعيب إعلانه (1976/6/9 فى الطعن 468 لسنة 43 قضائية – م نقض م – 27 – 1322 – 1971/10/26 – م نقض م – 22 – 844 – 1970/11/17 – م نقض م – 21 – 1138) فلا يجوز لغيره من الخصوم ممن صح إعلانهم التمسك به ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة إذ لا تكون إفادتهم من هذا البطلان إلا بعد أن يثبت بالطريق القانونى بأن يتمسك به صاحبه وتحكم به المحكمة (1977/1/12 فى الطعن 403 لسنة 43 ق)

وإذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقا للمادة السابقة أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن التوقيع على الأصل بالاستلام أو عن استلام الصورة وجب عليه أن يسلمها فى اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذى يقع موطن المعلن إليه فى دائرته حسب الأحوال .

وعلى المحضر خلال أربع وعشرين ساعة أن يوجه إلى المعلن إليه فى موطنه الأصلي أو المختار كتابا مسجلا يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة ويجب على المحضر أن يبين ذلك كله فى حينه فى اصل الإعلان وصورته ، ويعتبر الإعلان منتجا لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانونا . (المادة 11 مرافعات)

مفاد ذلك أن المشرع قد أوجب على المحضر فى حالة عدم وجود من يصح تسليم الإعلان إليه أو امتنع من وجده عن التوقيع على الأصل بالاستلام أو عن استلام الصورة أن يسلم الصورة فى اليوم ذاته لمأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذى يقع فى موطن الشخص فى دائرته حسب الأحوال . ومن يتسلم صورة الإعلان من هؤلاء يسلمها بدوره إلى المراد إعلانه . ويوجب القانون على المحضر فى خلال أربع وعشرين ساعة أن يوجه إلى المعلن إليه فى موطنه الأصلي أو المختار كتابا مسجلا يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة .

قضت محكمة استئناف مصر بأن " الغرض من تسليم الصورة إلى رجل الإدارة هو لتوصيلها إلى المراد إعلانه ، فإذا لم يفع ذلك ، ولم يثبت أن الإعلان وصل إلى الخصم فلا يمكن أن يعتبر الإعلان صحيحا ، إذ ليس من غرض الشارع ولا من العدل انم يضار خصم بإجراءات اتخذت فى غيبته " (استئناف مصر 26 فبراير 1931 المحاماة 12 رقم 35 ص 54) ، وقارن المنيا الابتدائية 26 أكتوبر 1940 المحاماة السنة 21 ص 349 وقارن نقض 1 فبراير 1968 السنة 19 ص 195 إذ قضت بعدم قبول الاحتجاج بان المعلن إليه لم يتسم الصورة من جهة الإدارة إذ عليه هو أن يتسلمها من جهة الإدارة .

وتكون العبرة فى تحديد تاريخ الإعلان ، فى هذا الصدد ، بيوم تسليمه إلى جهة الإدارة لا يوم وصول الخطاب الموصى عليه إلى المعلن إليه ويوم تسلمه الإعلان من جهة الإدارة .

وبداهة يبطل الإعلان إذا لم يقم المحضر بمحاولة إعلان المراد إعلانه فى موطنه وبدأ على الفور بالإعلان إلى جهة الإدارة . (نقض 21 يونيه 1962 السنة 13 ص 824)

أى أن المحضر عليه أولا إعلان المراد إعلانه فى موطنه فإن لم يجده أو امتنع من وجده عن التوقيع بالاستلام حينئذ يكون له أن يسلم الصورة إلى جهة الإدارة لتقوم هى بتوصيلها إلى المراد إعلانه .

ويكون تسليم الصورة إلى جهة الإدارة واجبا فى أربع حالات : أولها – عدم وجود المعلن إليه أو احد ممن يصح الصورة فى موطنه العام ، وذلك سواء لغلق المكان إذ يعنى غلقه عدم وجود من يصح تسليم الصورة إليه (1979/3/29 طعن 982 سنة 16 قضائية – 1978/3/20 طعن 196 سنة 11 ق) أو وجود أشخاص لا يجوز تسليم الصورة إليهم أو وجود مانع يحول دون التسليم كعدم التميز أو تعارض المصالح (عاشور ص46 وما بعدها) ويلاحظ انه لا يكفى لصحة التسليم لجهة الإدارة أن يذكر المحضر فى محضر الانتقال انه لم يجد المعلن إليه لان هذه العبارة لا تفيد عدم وجود من يصح تسليم الصورة إليهم فى موطنه عند عدم وجوده (1961/5/18 – م نقض م – 12- 507 وثانيهما – حالة امتناع من وجده المحضر بموطن المعلن إليه ممن يجوز تسليم الصورة إليه ، عن الاستلام ، ويأخذ حكم الامتناع بالا ستلام الامتناع عن ذكر الاسم أو الصفة أو السماح بالدخول .

فقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا كان امتناع من يوجد من الأشخاص فى موطن إعلانه عن ذكر اسمه أو صفته التى تجيز له تسلم الصورة ، هو بمثابة عدم وجود من يصح قانونا تسليم الورقة إليه ، فإنه إذا امتنع المخاطب معه عن ذكر اسمه فلا يبطل الإعلان إغفال المحضر إثبات صفة هذا الشخص إذ لا جدوى من إثبات الصفة مادام انه لا يمكن التثبت منها متى كان الاسم غير معلوم ، ولا يكون للمحضر فى هذه الحالة إلا أن يسلم الورقة إلى جهة الإدارة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى ببطلان إعلان المطعون عليه بالصورة التنفيذية للحكم المنفذ به – استنادا إلى خلو الإعلان من ذكر صفة المخاطب معها رغم أنها امتنعت عن ذكر اسمها ، فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون " (1979/5/31 – م نقض م – 30 العدد الثانى – 501) وإذا تعدد من وجدهم المحضر ممن يجوز التسليم إليهم وامتنع البعض وقبل البعض جاز التسليم الى من قبل منهم (عاشور ص 152) وثالثها – حالة امتناع المعلن إليه شخصيا عن الاستلام ،

وهذه الحالة لم يكن منصوصا عليها فى التقنين السابق ولكنها كانت مقررة قضاء (1957/11/7 – م نقض م – 8- 776 ويتعين تسليم الصورة إلى جهة الإدارة متى خاطب المحضر المعلن إليه شخصيا فى موطنه وامتنع عن الاستلام أو التوقيع حتى ولو وجد المحضر فى الموطن أحدا غيره ممن يصح تسليم الصورة إليهم وقبل استلامها لان تسليم الصورة إلى غير المعلن إليه فى موطنه مرهون بعدم وجوده – ورابعتها – حالة امتناع المعلن إليه أو من وجده المحضر فى موطنه ممن يصح تسليم الورقة إليهم فى موطنه عن التوقيع على الأصل بالاستلام وقد استحدث القانون رقم 95 لسنة 1976 لهذه الحالة وكان يصح قبل العمل به الإعلان بتسليم الصورة إلى من يقبل استلامها ولو امتنع عن التوقيع بشرط أن يثبت المحضر فى محضره واقعة الامتناع عن التوقيع وسببه . (1961/2/23 – م نقض م – 12 – 18 – 1960/11/17 – م نقض م – 11- 589)

ويتعين على المحضر فى حالة تسليم الصورة إلى جهة الإدارة أن يوجه خلال أربع وعشرين ساعة كتابا مسجلا إلى موطن المعلن إليه الاصلى أو المختار بحسب الأحوال يخطره فيه بذلك وهذا الميعاد يمتد إذا صادف اليوم عطلة رسمية (1962/2/8 - م نقض م – 13 – 205) كما انه ميعاد سقوط فيسرى فى شأنه ما يسرى على مواعيد السقوط من أحكام . ونرى مع البعض انه كان يتعين أن يتضمن الإخطار إشارة إلى نوع ورقة الإعلان (والى هامش ص745) كما نرى إلزام المحضرين بان يكون الإخطار بخطاب بغير مظروف .

وينتج الإعلان أثره من تاريخ تسليم الصورة تسليما صحيحا إلى رجل الإدارة دون نظر لتاريخ الانتقال إلى موطن المعلن إليه ، أو تاريخ قيد الورقة بدفاتر قسم الشرطة ، أو تاريخ إرسال خطاب المسجل أو تاريخ وصوله إلى المعلن إليه ، أو تاريخ تسلم المعلن إليه للصورة من جهة الإدارة (1991/1/31 طعن 1785 سنة 59 ق)

تغير الخصم لموطنه :

وإذ ألغى الخصم موطنه الأصلي أو المختار ولم يخبر خصمه بذلك صح الإعلان فيه ، وتسلم الصورة عند الاقتضاء إلى جهة الإدارة .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " مؤدى نص المادة 2/12 من قانون انه إذا ألغى الخصم موطنه الأصلي وعين موطنا آخر لإعلانه فيه وأخطر خصمه بذلك ، فانه لا يصح إعلانه من بعد إلا فى هذا الموطن ، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن وكيل الطاعن الأول وجه إنذار المطعون ضده بتاريخ 1977/3/13 – وقبل رفع الاستئناف - يخطره فيه بان موطنه فى القاهرة هو المعول عليه فى إعلانه وليس شقة النزاع بالإسكندرية وأفصح على وجه لا يتحمل الشك بأن يتم إعلانه فى هذا الموطن .. وإذا اغفل المطعون ضده ما تضمنه هذا الإنذار وأعلن الطاعن الأول بصحيفة الاستئناف وإعادة إعلانه بها على شقة النزاع بالإسكندرية فإن هذا الإعلان يكون قد وقع باطلا ، وإذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن الأول لم يخطر طيلة تردد الدعوى أمام محكمة الاستئناف فتعذر عليه التمسك بهذا البطلان أمامها وكان مؤدى ما تقدم أن الخصومة لم تنعقد ، فإن الحكم يكون منعدما بما يوجب نقضه " (1982/2/18 طعن 477 سنة 51ق)

وتنص المادة 13 من قانون المرافعات على أنه " فيما عدا ما نص عليه فى قوانين خاصة تسلم صورة الإعلان على الوجه الآتي :

ما يتعلق بالدولة يسلم للوزراء ومديري المصالح المختصة والمحافظين أو لمن يقوم مقامهم فيما عدا صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام فتسلم الصورة إلى هيئة قضايا الدولة أو فروعها بالأقاليم حسب الاختصاص المحلى لكل منها .

ما يتعلق بالأشخاص العام يسلم النائب عنها قانونا أو لمن يقوم مقامه فيما عدا صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام فتسلم الصورة إلى هيئة قضايا الدولة ، أو فروعها الأقاليم حسب الاختصاص المحلى لكل منها .

ما يتعلق بالشركات التجارية يسلم فى مركز إدارة الشركة لأحد الشركاء المتضامنين أو لرئيس مجلس الإدارة أو للمدير أو لمن يقوم مقامهم فإن لم يكن للشركة مركز تسلم لواحد من هؤلاء لشخصه أو فى موطنه .

ما يتعلق بالشركات المدنية والجمعيات والمؤسسات الخاصة وسائر الأشخاص الاعتبارية يسلم بمركز إدارتها للنائب عنها بمقتضى عقد إنشائها أو نظامها أو لمن يقوم مقامه فإذا لم يكن لها مركز سلمت الصورة للنائب عنها لشخصه أو فى موطنه .

ما يتعلق بالشركات الأجنبية التى لها فروع أو وكيل فى جمهورية مصر العربية يسلم إلى هذا الفرع ، أو الوكيل .

ما يتعلق بأفراد القوات المسلحة ومن فى حكمهم يسم بوساطة النيابة العامة إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة .

ما يتعلق بالمسجونين يسلم لمأمور السجن .

ما يتعلق ببحارة السفن التجارية أو بالعاملين فيها يسلم للربان .

ما يتعلق بالأشخاص الذين لهم موطن معلوم فى الخارج يسلم للنيابة العامة وعلى النيابة إرسالها لوزارة الخارجية لتوصيلها بالطرق الدبلوماسية ويجوز أيضا فى هذه الحالة وبشرط المعاملة بالمثل تسليم الصورة مباشرة مقر البعثة الدبلوماسية للدولة التى يقع بها موطن المراد إعلانه كى تتولى توصيلها إليه.

ويجب على المحضر خلال أربع وعشرين ساعة من تسليم الصورة للنيابة العامة المختصة ، أن يوجه إلى المعلن إليه فى موطنه المبين بالورقة وعلى نفقه الطالبة كتابا موصى عليه بعلم الوصول ، يرفق به صورة أخرى ، ويخبره فيه أن الصورة المعلنة سلمت للنيابة العامة ، ويعتبر الإعلان منتجا لآثاره من وقت تسليم الصورة للنيابة العامة ما لم يكن مما يبدأ منه ميعاد فى حق المعلن إليه ، فلا يبدأ هذا الميعاد إلا من تاريخ تسليم الصورة فى موطن المعلن إليه فى الخارج ، أو توقيعه على إيصال علم الوصول ، أو امتناعه عن استلام الصورة ، أو التوقيع على أصلها بالاستلام .

ويصدر وزير العدل قرارا بقواعد تقدير نفقات الإرسال بالبريد وكيفية أدائها.

إذا كان موطن المعلن إليه غير معلوم وجب أن تشمل الورقة على آخر موطن معلوم له فى جمهورية مصر العربية ، أو فى الخارج وتسلم صورتها للنيابة .

وفى جميع الحالات إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه أو امتنع المراد إعلانه أو من ينوب عنه عن التوقيع على أصلها بالاستلام أو عن استلام الصورة اثبت المحضر ذلك فى حينه فى الأصل والصورة وسلم الصورة للنيابة العامة.

وتقول المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنها قد بينت الإجراءات التى تتبع فى تسليم صورة الإعلانات إلى الهيئات العامة والخاصة واستبقت أحكام القانون السابق فى جملتها مع بعض تعديلات رؤى إدخالها لتتمشى مع نظام الدولة السياسى والادارى ولتدليل بعض الصعوبات التى أثارتها فى العمل أحكام القانون القائم ، فنص على أن تسلم صورة الورقة فيما يتعلق بالدولة للوزراء أو مديرى المصالح المختصة أو المحافظين أو من يقوم مقامهم من الموظفين وأضيف إلى البند الثانى نص يجيز تسليم صورة الإعلان لمن يقوم مقام النائبين عن الأشخاص العامة ، ونص فى البند الثالث على جواز تسليم الصورة فى مركز إدارة الشركة التجارية لمن يقوم مقام احد الشركاء المتضامنين أو رئيس مجالس الإدارة أو المدير .... الخ .

ولا يجوز إعلان من ورد حصرهم فى المادة 13 سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أم معنويين إلا بالكيفية المنصوص عليها بالنسبة إليهم ، وبعبارة أخرى يمتنع تطبيق القاعدة العامة فى الإعلان الواردة فى المادتين 10 و 11 بالنسبة للأحوال التى أشارت إليها المادة 13 . (أبو الوفا ص513 مرجع سابق)

فيما يتعلق بالدولة :

ما يتعلق بالدولة يسلم للوزراء ومديرى المصالح المختصة والمحافظين أو لمن يقوم مقامهم فيما عدا صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام فتسلم الصورة إلى إدارة قضايا الحكومة أو فروعها بالأقاليم حسب الاختصاص المحلى لكل منها.

نلاحظ أن فيما يتعلق بإعلانها بصحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام فيكون بتسليم الصورة إلى هيئة قضايا الدولة إذ ليس للدولة ومصالحها ووحدات الحكم المحلى بالنسبة إلى هذه الأوراق سوى موطن واحد هو المقر الرئيسى لهيئة قضايا الدولة فى القاهرة او فروعها فى الأقاليم .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " مؤدى نص المادتين 13 ، 19 من قانون المرافعات ، أن المشرع لم يجعل للدولة ومصالحها المختلفة سوى موطن أصلى واحد بالنسبة للإعلانات الخاصة بصحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام ، فأوجب تسليم صور إعلاناتها إلى إدارة قضايا الحكومة وإلا كان الإعلان باطلا " (1978/1/18 – م نقض م – 29- 253 – 1987/4/23 طعن 109 سنة 54 قضائية – 1989/4/5 طعن 55 سنة 56 قضائية)

ويستوى أن تسلم الصورة إلى هيئة قضايا الدولة فى مقرها الرئيسى بالقاهرة أو أن تسلم إلى احد فروعها أو مأمورياتها بالأقاليم حسب الاختصاص المحلى لكل منها ، وبقصد بالاختصاص المحلى فى هذا الصدد اختصاص المأمورية أو الفروع أو الطعن محليا.

وقد قضت محكمة النقض بأنه " تقضى المادة 14 من قانون المرافعات بأنه فيما يتعلق بالدولة تسلم صور الإعلان بصحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام إلى إدارة قضايا الحكومة أو إلى مأمورياتها بالأقاليم بحسب الاختصاص المحلى لكل منها فإن الإعلان إلى الوزراء بوصفهم ممثلين للدولة يكون صحيحا فى هذه الأحوال سواء سلمت الصورة فى المركز الرئيسى لإدارة القضايا أو فى المأمورية التى تختص بالدعوى اختصاصا محليا " (1963/1/31 – م نقض م – 14- 203 –1958/3/13 – م نقض م – 9-182) وإذا تعددت مقار الهيئة جاز تسليم الصورة إلى إحدى وحداتها " (1966/2/17 – م نقض م – 17- 318) فإذا امتنع من خاطبه المحضر عن الاستلام أو التوقيع على الأصل بالاستلام وجب عليه تسليم الصورة إلى النيابة العامة وفقا للفقرة الأخيرة من المادة (1988/4/5 طعن 55 سنة 56 قضائية) ويتعين إتباع هذه الإجراءات فى إعلان صحف الدعاوى والطعون والأحكام وإلا وقع الإعلان باطلا ، وعلى ذلك يبطل إعلان هذه الأوراق إذا سلمت الصورة فى مقر الجهة المعينة إلى من يمثلها أو بغير إتباع القواعد السالفة (1975/12/4 طعن 743 سنة 46 قضائية – م نقض م – 26-1554- 1975/5/20 طعن 326 سنة 40 قضائية – م نقض م – 26-1017 –1967/1/25 طعن 461 سنة 29 قضائية – م نقض م – 18- 202 –1959/1/25 – م نقض م – 10- 545)

غير انه يتعين من جهة أخرى لإتباع القواعد السالفة فى إعلان صحف الدعاوى والطعون والأحكام أن تكون الجهة المعلن إليها مما يندرج فى المقصود بالدولة ومصالحها ووحدات الحكم المحلى بالمعنى السالف ، وإلا كان الإعلان باطلا وفى ذلك تقول محكمة النقض " خولت المادة الثانية من الأمر العسكرى رقم 26 لسنة 1948 المدير العام لإدارة أموال المعتقلين والمراقبين وغيرهم أن ينوب عن الشركات والأشخاص - الموضوعين تحت الحراسة فى إدارة أموالهم والتقاضى بأسمائهم ولما كان هذا الأمر لا يضفى على تلك الإدارة صفة المصالح الحكومية أو الأشخاص العام الذين عناهم القانون فى الفقرتين الأولى والثالثة من المادة 14 مرافعات فإن توجيه الإعلان إلى مدير هذه الإدارة فى مقرها دون إدارة قضايا الحكومة - لا يكون مخالفا لقانون (1962/6/14 طعن 123 سنة 26 قضائية - م نقض م - 13- 795)

وفيما يتعلق بإعلان الدولة والمصالح ووحدات الحكم المحلى بأوراق المحضرين عدا صحف الدعاوى والطعون والأحكام كالإنذارات والاعذارات ومحاضر الحجز:

يكون الإعلان بتسليم الصورة فى مقر الجهة المعينة إلى ممثل هذه الجهة أو من يقوم مقامه وفى ذلك تقو محكمة النقض " النص فى المادة 13 من قانون المرافعات على انه " فيما عدا ما نص عليه فى قوانين خاصة تسلم صورة الإعلان على الوجه الآتي :1- ما يتعلق بالدولة يسلم للوزراء ومديري المصالح المختصة والمحافظين أو من يقوم مقامهم فيما عدا صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام فتسلم الصورة إلى إدارة قضايا الحكومة أو فروعها بالأقاليم حسب الاختصاص المحلى لكل منها " يدل على انه يتعين التفرقة بين نوعين من الأوراق التى تعلن للأشخاص المبينين فى البند الأول من تلك المادة الأولى صحف الدعاوى والطعون والأحكام ويكون إعلانها بتسليم الصورة لإدارة قضايا الحكومة (هيئة قضايا الدولة) أو فروعها بالأقاليم . والثانية ما عدا ذلك من أوراق كالانذرات ومحاضر الحجز فتعلن إلى هؤلاء الأشخاص فى مقارهم . لما كان ذك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذهب إلى بطلان الإنذار - التكليف بالوفاء بالأجرة - تم فى مقر المطعون ضده الأول لعدم إعلانه فى إدارة قضايا الحكومة .

فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه " (1988/1/14 طعن 1688 سنة 50 قضائية) ويقصد بمن يقوم مقام فى السلطة بصفة عامة (والى بند 240 – عاشور بند 51 والأحكام المشار إليها فيهما) وإذا لم يجد المحضر من يجوز تسليم الصورة إليه أو امتنع من وجده عن الاستلام أو عن التوقيع وجب عليه تسليم الصورة أى النيابة العامة عملا بالفقرة الأخيرة من المادة . (محمد كمال عبد العزيز ص 177- 178 مرجع سابق)

ما يتعلق بالأشخاص العامة :

ويقصد بها فى هذا المقام الأشخاص الاعتبارية العامة التى تنوب عنها هيئة قضايا الدولة وفقا لقانونها رقم 75 لسنة 1963 المعد بالقانون رقم 10 لسنة 1986 حيث كانت المادة السادسة منق بل تعديها بالقانون الأخير تنص على انه " تنوب هذه الإدارة عن الحكومة والمصالح العامة والمجالس المحلية فيما يرفع منها أو عليها لدى المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ولدى الجهات الأخرى التى خولها القانون اختصاصا قضائيا .

وتسلم إليها صورة الإعلانات الخاصة بصحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام المتعلقة بتلك الجهات ما اتصل منها بجهة القضاء العادى أو جهة القضاء الإدارة أو أية هيئة قضائية أخرى .

وفيما يتعلق بالأشخاص الاعتبارية العامة عدا الهيئات العامة :

يتم إعلانها بغير صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام بمقر الشخص الاعتباري العام بتسليم الصورة إلى ممثله أو من يقوم مقامه طبقا للتفصيل السالف أما صحف الدعاوى والأحكام فيتم إعلان الشخص الاعتباري العام بها عن طريق تسليم الصورة الى هيئة قضايا الدولة سواء فى مقرها الرئيسى بالقاهرة أو فروعها ومأمورياتها بالأقاليم بالتفصيل السالف ، إذ ليس للشخص الاعتباري العام بالنسبة لهذه الأوراق سوى موطن واحد هو هيئة قضايا الدولة ، فإذا أجرى إعلانها بها فى غيرها وقع الإعلان باطلا .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا كانت المادة 3/14 من قانون المرافعات السابق بعد تعديلها بالقانون رقم 57 لسنة 1990 تقضى بان تسلم صورة الإعلان فيما يتعلق بالأشخاص العامة للنائب عنها قانونا ، وذلك فيما عدا صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام فتسلم الصورة إلى إدارة قضايا الحكومة أو مأمورياتها بالأقاليم حسب الاختصاص المحلى لكل منها ، فإنه – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – لا يعتد بتسليم إعلان صحف الدعاوى والطعون الموجهة لأشخاص القانون العام ، ولا يترتب عليه أثره ، مادام لم يتم طبقا لما تقضى به المادة 3/14 من قانون المرافعات السالفة البيان ، وعلى أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانونا ، ذك انه وفقا للمادة السادسة من هذا القانون متى نص القانون على ميعاد حتمي لرفع طعن أو دعوى أو أى إجراء آخر يحصل بالإعلان فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله إعلانا صحيحا " (1972/3/28 طعن 215 سنة 37 قضائية – م نقض م – 23- 542)

أما إعلان الهيئات العامة : فكان قضاء محكمة النقض قد جرى على خضوعه لحكم البند الثاني من المادة 13 فيكون إعلانها بغير صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام بتسليم الصورة في مقرها إلى من يمثلها أو من يقوم مقامه ، كما يكون إعلانها بصحف الدعاوى والطعون والأحكام بتسليم الصورة إلى هيئة قضايا الدولة سواء في مقرها الرئيسي بالقاهرة أو إلى احد فروعها أو مأمورياتها بالأقاليم بحسب الاختصاص المحلى لكل منها .

وفى ذلك تقول محكمة النقض أنه " مؤدى نص الفقرة الثالثة من المادة الرابعة عشرة من قانون المرافعات السابق – الذي رفع الاستئناف في ظله – ونص المادة السادسة من القانون رقم 75 لسنة 1963 في شأن تنظيم إدارة قضايا الحكومة ، أن تلك الإدارة – في ظل قانون المرافعات السابق – إنما ينوب عن الحكومة والمصالح العامة والمجالس المحلية ، وكذلك عن الهيئات العامة والمجالس المحلية ، وكذلك عن الهيئات العامة التي تباشر مرافق الدولة ولها كيان مستقل وشخصية معنوية معتبرة في القانون العام ، على أساس أن هذه الهيئات كانت في الأصل مصالح حكومية ، ثم رأت الدولة إداراتها عن طريق هيئات عامة خروجا بالمرفق التي تنوى تسييرها من جمود النظم الحكومية ، فمنحتها شخصية مستقلة تحقيقا لغرضها الاساسى وهو أداء خدمة ،

أما الشركات التابعة للمؤسسات العامة والتي يكون الغرض الاساسى منها هو ممارسة نشاط تجارى أو صناعي أو زراعي أو مالي ، وتستقل بميزانيات تعد على نمط الميزانيات التجارية ، وتؤول إليها أرباحها بحسب الأصل ، وتتحمل بالخسارة فإنها لا تعتبر من الأشخاص العامة ومن ثم لا يسرى عليها حكم الفقرة الثالثة من المادة الرابعة عشرة من قانون المرافعات السابق ولا حكم المادة السادسة من القانون رقم 75 لسنة 1963 انف الذكر " (1973/2/20 – م نقض م – 24- الجزء الأول – 282 – 1983/5/5 طعن 247 سنة 43 قضائية – م نقض م – 34 – 1133 – 1983/12/27 طعن 544 سنة 50 قضائية – م نقض م – 34 – 1929)

ثم صدر القانون رقم 47 لسنة 1973 في شأن الإدارات القانونية بالمؤسسات العامة والهيئات العامة والوحدات التابعة لها ، نص في المادة الثالثة من مواد إصداره على انه " استثناء من الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية تسلم إعلانات الدعوى وصحف الطعون والأحكام المتعلقة بالهيئات العامة أو المؤسسات العامة أو الوحدات التابعة لها في مركز إداراتها لرئيس مجلس الإدارة " . كما نصت المادة الثالثة من القانون على انه " لرئيس مجلس إدارة الهيئة الهامة أو المؤسسة العامة تكليف إداراتها القانونية بأى عمل مما تختص به الإدارات القانونية للوحدات التابعة بسبب أهميته أو ظروفه ، كما يجوز لمجلس إدارة الهيئة العامة أو المؤسسة العامة أو الوحدات التابعة لها بناء على اقتراح إدارتها القانونية إحالة بعض الدعاوى والمنازعات التي تكون المؤسسة أو الهيئة أو إحدى الوحدات الاقتصادية التابعة لها طرفا فيها ، إلى إدارة قضايا الحكومة لمباشرتها أو التعاقد مع مكاتب المحامين الخاصة لمباشرة بعض الدعاوى والمنازعات بسبب أهميتها " . وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن " إعلان الهيئة العامة بصحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام في ظل القانون 47 لسنة 1973 إنما يكون بتسليم الصورة في مركز إدارتها إلى رئيس مجلس الإدارة أو من ينوب عنه ، فإن تم الإعلان بتسليم الصورة إلى هيئة قضايا الدولة كان الإعلان باطلا وذلك بتقدير أن المادة الثالثة من مواد إصدار القانون المذكور قد جعلت لها بالنسبة لهذه الأوراق موطنا وحيدا هو مركز إداراتها دون اعتداد بمقر إدارتها القانونية ودون هيئة قضايا الدولة ، فإن تم إعلانها بهذه الأوراق في غير مركزها الرئيسي وقع الإعلان باطلا .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " النص في المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 47 لسنة 1973 بشأن الإدارات القانونية بالمؤسسات العامة والهيئات العامة والوحدات التابعة لها - المنطبق على الدعوى - على انه " استثناء من الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، تسلم الإعلانات صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام المتعلقة بالهيئات العامة أو المؤسسات العامة أو الوحدات التابعة لها في مركز إدارتها لرئيس مجلس الإدارة " وفى الفقرة الأخيرة من المادة 13 من قانون المرافعات على انه " إذا امتنع المراد إعلانه أو من ينوب عنه من تسلم الصورة أو من التوقيع على أصلها بالاستلام اثبت المحضر ذلك فى الأصل والصورة وسلم الصورة للنيابة " . يدلل على وجوب تسليم صورة الورقة المراد إعلانها بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية السابق بيانها - لرئيس مجلس الإدارة أو من ينوب عنه " فإذا امتنع من خطابه المحضر منهما من تسم صورة الورقة أو امتنع من التوقيع على أصلها بالاستلام جاز للمحضر - بعد إثبات ذلك في اصل الورقة وصورتها - أن يسلم الصورة للنيابة العامة " (1978/11/28 - طعن 922 سنة 45 ق - م نقض م - 29 - 1785)

أما بالنسبة إلى المؤسسات العامة وشركات القطاع العام : فإن المستقر في قضاء محكمة النقض أنها تندرج ضمن الجهات التي تنوب عنها هيئة قضايا الدولة وفقا للمادة السادسة من قانونها ومن ثم يشترط لإسنادها قضية بعينها إلى هيئة قضايا الدولة أو إلى أحد المحامين ذوى المكاتب الخاصة أن يصدر بذلك قرار من مجلس إدارة المؤسسة أو الشركة بتفويض رئيس مجلس الإدارة بذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " النص في الفقرة الثانية من المادة 13 من قانون المرافعات والمادة السادسة من القانون رقم 75 لسنة 1967 في شأن تنظيم إدارة قضايا الحكومة على أن تنوب هذه الإدارة عن " الحكومة والمصالح العامة والمجالس المحلية فيما يرفع منها أو عيها من قضايا لدى المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ولدى الجهات الأخرى التي خولها القانون اختصاصا قضائيا " يدل على أن تلك الإدارة إنما تنوب عن الحكومة والمصالح العامة والمجالس المحلية وكذلك عن الهيئات العامة التى تباشر مرافق الدولة ولها كيان مستقل وشخصية معنوية معتبرة فى القانون العام على أساس أن هذه الهيئات كانت فى الأصل مصالح حكومية

ثم رأت الدولة إدارتها عن طريق هيئات عامة خروجا بالمرافق التى تتولى تسييرها عن جمود النظم الحكومية فمنحها شخصية مستقلة تحقيقا غرضها الأساسي وهو أداء خدمة عامة ، أما شركات القطاع العام التي يكون الغرض الأساسي منها هو ممارسة نشاط تجارى أو صناعي أو زراعي أو مالي وتستقل بميزانيتها ..... فإنها لا تعتبر من الأشخاص العامة ومن ثم ا يسرى عليها حكم الفقرة الثانية من المادة 13 من قانون المرافعات ولا حكم المادة السادسة من قانون إدارة قضايا الحكومة رقم 75 لسنة 67 لسنة 67 ولذلك عندما أصدر المشرع القانون رقم 47 لسنة 1973 بشأن الإدارات القانونية بالمؤسسات العامة والهيئات العامة والوحدات التابعة والذي جعل من تلك الإدارات بحسب الأصل صاحبة الصفة وحدها في مباشرة الدعاوى عنها أمام المحاكم باختلاف درجاتها .. واستثنى من هذا الأصل جواز إحالة بعض دعاويها ومنازعاتها إلى إدارة قضايا الحكومة لمباشرتها على أن تكون هذه الإحالة لمجلس إداراتها وبناء على اقتراح إدارتها القانونية – عمل بنص المادة الثالثة من هذا القانون . لما كان ذلك وكانت المادة 253 من قانون المرافعات على أن يرفع الطعن بالنقض بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ويوقعها محام مقبول أمام محكمة النقض فإذا لم يحصل الطعن على هذا الوجه يكون باطلا ، وإذا كانت إدارة قضايا الحكومة لا تملك قانونا أن تنوب عن الشركة الطاعنة أمام المحاكم إلا بتفويض من مجلس إدارتها فإن توقيع المحامى بها على صحيفة الطعن دون تفويض لا يتحقق به الشرط الذي تتطلبه المادة 253 من قانون المرافعات " .(1983/12/27 طعن 527 /544 سنة 50 ق – م نقض م – 34 – 1929 – 1981/3/1 طعن 891 سنة 55ق)

ما يتعلق بالشركات التجارية والمدنية والمؤسسات والشركات الأجنبية :

يفيد نص المادة 3/13 انه فيما يتعلق بالشركات التجارية تسلم الصورة لأحد الشركاء المتضامنين أو لرئيس مجلس الإدارة أو المدير فان م يكن للشركة مركز تسلم لواحد من هؤلاء لشخصه أو فى موطنه ، وقد يفهم من هذا النص أن المشرع يشترط عند إعلان الشركات ذكر اسم ممثلها وصفته وإلا بطل الإعلان ، وإنما الحقيقة أن النص يفرق بين حالتين : حالة وجود مركز لإدارة الشركة وهنا يكتفى بذكر اسم الشركة ومركزها بجانب صفة النائب عنها بغير حاجة إلى ذكر اسمه ولقبه (بأن يقال مثلا مدير شركة كذا بجهة كذا بصفته) أما فى حالة عدم وجود مركز لإدارة الشركة فهنا يجب أن تشمل الصحيفة على بيان اسم النائب عنها ولقبه وصفته وموطنه حتى يتمكن من تسليم الإعلان لشخصه أو فى موطنه والنقص فى هذا البيان أو الخطأ فيه يؤدى فى هذه الحالة فقط إلى البطلان إذا كان من شأنه التجهيل به .

وتتخذ الإجراءات المتقدمة ولو كانت الشركة فى دور التصفية لأنها تحتفظ بشخصيتها المعنوية فلا يلزم ذكر اسم المصفى إذا كان للشركة مركز لإدارتها .

وتتبع ذات القواعد المتقدمة بالنسبة إلى الشركات المدنية والجمعيات والمؤسسات وسائر الأشخاص الاعتبارية . فإذا كان للشركة أو من فى حكمها مركز لإدارتها صح الإعلان إذا اقتصر على ذكر اسم الشركة ومركزها وصفة النائب عنها ، أما إذا لم يكن لها مركز وجوب ذكر اسم وقب وموطن النائب عنها (م4/13)

كذلك الحال بالنسبة إلى الشركات الأجنبية التي لها فرع أو وكيل فى مصر فالصورة تسلم فى مركز إدارة الفرع لمديره ويوجه الإعلان إليه بصفته هذه أما إذا لم يكن الفرع مركز لإدارتها وجب ذكر كافة البيانات التى من شأنها التعريف بالنائب وبموطنه (م5/13) . (أبو الوفا ص520 مرجع سابق)

ما يتعلق بإعلان أفراد القوات المسلحة :

ويتم إعلان أفراد القوات المسلحة بتسليم الصورة بواسطة النيابة العامة إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذ تنص المادة 6/13 من قانون المرافعات انه فيما يتعلق بأفراد القوات المسحة ومن فى حكمهم يسلم (الإعلان) بوساطة النيابة العامة إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة ، فقد أفادت بذلك أن إعلان ضباط الجيش والجنود النظاميين يكون باستلام الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة صورة الإعلان ويكون تسليم هذه الصورة لها بواسطة النيابة التى تعتبر فى هذه الحالة سلطة تسليم فقط مثلها مثل المحضر تماما ، وإذا كان الثابت بالأوراق أن الطاعن لم يحضر أمام محكمة الاستئناف وان صحيفة الاستئناف قد وجهت إليه باعتباره من رجال القوات المسلحة ، وسلم الإعلان لوكيل نيابة بورسعيد الجزئية بمقر النيابة بالمنصورة ، ولا يوجد ما يفيد تسليم الإعلان إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة فإن إعلان الطاعن بصحيفة الاستئناف يكون باطلا " (1977/2/24 طعن 25 سنة 41 قضائية – م نقض م – 28- 569 – 1977/3/16 طعن 517 سنة 43 قضائية – م نقض م – 28-967 – 1978/2/15 – م نقض م – 29 – 484- 1988/5/17 – م نقض م – 31 – 1409 – 1989/3/26 – طعن 2737 سنة 50قضائية) ... فلا يكفى تسليم الصورة إلى النيابة العامة مادام لم يثبت قيامها بدورها بتسليم الصورة إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة فإذا ردت النيابة الأوراق دون تسليم الصورة إلى هذه الإدارة بسبب ضيق الوقت كان الإعلان باطلا (1980/3/29طعن 318 سنة 43 قضائية – والأحكام السابقة) ... ولكن لا يشترط من جهة أخرى لاعتبار الإعلان قد تم أن يثبت قيام الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة بتسليم الصورة إلى المعلن إليه أو إلى قائد الوحدة لان الإعلان يعتبر قد تم بتسليم الصورة إلى الإدارة المذكورة دون بحث ماتلا ذلك من إجراءات.

وقد قضت محكمة النقض بأنه " البين من المادتين 9 و 10 من قانون المرافعات أن الأوراق التي يقوم المحضرون بإعلانها إنما تكون من اصل وصورة وأن الذي يتم تسليمه منها هو الصورة ويكون تسليمها إلى الشخص نفسه أو في موطنه الاصلى أو موطنه المختار في الأحوال التي بينها القانون ، وكان القانون استثناء من هذا الأصل قد نظم فى المادة 13 مرافعات أوضاعا خاصة لتسليم صور الإعلانات إلى جهات معينة بالنسبة لأفراد معينين حددتهم تلك المادة ومن بينهم أفراد القوات المسلحة إذ نصت تلك المادة على انه " فيما عدا ما نص عليه في قوانين خاصة تسلم صور الإعلان على الوجه الاتى : فيما يتعلق بأفراد القوات المسلحة ومن في حكمهم تسلم بوساطة النيابة العامة إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة فدل ذلك على أن الإعلان في هذه الحالة يتم بتسليم الصورة لتلك الإدارة دون أن تبحث المحكمة فيما وراء ذلك بشأن تسليم الصورة إلى المراد إعلانه شخصيا مثلها في ذلك مثل تسليم الصورة في الموطن ، إذ لا شأن للمحكمة بما إذا كان الشخص الذي تسلمها فيه قد سلمها بدوره إلى المراد إعلانه أم لا ، وبهذا يكون القانون قد اعتبر الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة بمثابة الموطن بالنسبة الى أفراد القوات المسلحة وبتسليم الصورة في الموطن يتم الإعلان وينتج أثره "(1980/5/17 طعن 1164 سنة 49 قضائية – م نقض م – 31- 1409 – 1980/3/29 طعن 318 سنة 43 قضائية (محمد كمال عبد العزيز ص198 مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأنه "البطلان الناتج عن مخالفة حكم المادة 6/13 هو بطلان نسبى يسقط الحق في التمسك به بالتكلم في الموضوع وبالتالي يجوز الاتفاق صراحة أو ضمنا على مخالفة حكم المادة 6/13 (نقض 1977/3/16 رقم 517 سنة 43 ق)

وبداهة إذا تعاقد احد أفراد القوات المسلحة دون أن يذكر في العقد صفته التي توجب إعلانه عملا بالمادة 6/13 ، وحدد موطنه الاصلى في العقد ، فإن إعلانه يكون صحيحا في هذا الموطن بطبيعة الحال ، وطالما انه يجهل هذه الصفة . (نقض 1973/6/13 – 4- 894)

وكقاعدة عامة ، اكتساب احد الخصوم صفة من الصفات المبينة بالفقرات 6 و 7 و8 من المادة 13(التي توجب إجراء الإعلان على وجه مخالف للأصل العام في الإعلان) يتعين أن يكون معلوما لدى خصمه علما يقينيا وقت مباشرة الإعلان حتى يلتزم الطريق المخصص له وإلا حق إتباع القواعد الأصلية في الإعلان (نقض 24 ديسمبر 1986 رقم 744 سنة 51 ق)

ونلاحظ أن رجال القوات المسلحة شأنهم شأن المواطنين الآخرين قد يتغيبون عن موطنهم الاصلى لدواعى العمل أو خلافه ، لكن فكرة الموطن ومعناه يمتد إليهم – هم أيضا – بمعنى أن صاحب الموطن يفترض فيه المشرع العلم بكل ما يحصل فيه بصدده . والثابت فعلا وعملا أنهم يحصون على أجازات دورية كل شهر إذا ما تغيبوا عن مقرهم الاصلى . وهذا نرجو أن يعاد النظر في هذا النص الذي لم يعد يتمشى مع يسر المعاملات ، والذي لم يقصد به أصلا حرمان المواطنين أو تعجيزهم عن إعلان رجال القوات المسلحة ، أو منح هؤلاء ميزة خاصة في هذا الصدد .

وبالنسبة إلى الوقت الذي يعتبر فيه الإعلان قد تم لأفراد القوات المسلحة ، ثمة رأى يقرر أن الإعلان يعتبر قد تم تسليم صورته إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة ، استنادا إلى ذات المادة 6/13/ والى المادة 11 التي تقرر أن الإعلان يعتبر منتجا لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانونا . وبالتالي – ووفقا لهذا النظر – يعتبر الإعلان منتجا لآثاره بتسليم الصورة إلى تلك الإدارة ولو أفادت بأن المراد إعلانه في عطلة رسمية أو متغيبا في مهمة رسمية لمدة معينة . (أبو الوفا ص 526 مرجع سابق)

ما يتعلق بإعلان المسجونين :

يعتبر الإعلان قد تم بتسليم الصورة إلى مأمور السجن دون اعتداد بتسليم الأخير لها إلى المسجون (والى ص 757 والمدونة الجزء الأول بند 456 ونقض 1968/2/20 – م نقض م – 19- 315 – وقارن عشماوى بند 575 وأحمد مسلم بند 391 وإبراهيم سعد ص725 حيث يرون ضرورة تسليم الصورة إلى المسجون) ويشترط على كل حال لالتزام طالب الإعلان هذا الطريق في إعلان خصمه أن يكون عالما وقت الإعلان علما يقينيا بأنه مسجون . (محمد كمال عبد العزيز مرجع سابق)

ما يتعلق بإعلان بحارة السفن والعاملين فيها :

ويعتبر الإعلان قد تم بتسليم الصورة إلى الربان ولو لم يسلمها إلى المطلوب إعلانه (والى ص 757 – العشماوى بند 575 – المدونة بند 456 – راغب ص 280 وقارن احمد مسلم –بند 391 – ويراجع سعد ص725 حيث يريان ضرورة تسليم الصورة إلى المعلن إليهم ويشترط لإلزام طالب الإعلان هذا الطريق أن يكون عالما علما يقينا وقت الإعلان بصفة المعلن إليه .

ما يتعلق بإعلان من لهم موطن معلوم في الخارج :

فيسلم الإعلان للنيابة العامة وعلى النيابة إرسالها لوزارة الخارجية لتوصيلها بالطرق الدبلوماسية ويجوز تسليم الصورة مباشرة لمقر البعثة الدبلوماسية للدولة التي يقع بها موطن المراد إعلانه كى تتولى توصيلها إليه .

ويستوي في أعمال حكم النص أن يكون المعلن إليه في الخارج مصريا أو أجنبيا غير انه إذا كان المعلن إليه مصريا كان لوزارة الخارجية إرسال الإعلان إلى قنصلها في البلد المراد الإعلان فيه تسليمه بمعرفته إلى المعلن إليه شخصيا أو يعتبر ذلك إعلانا رسميا فإذا رفض المعلن إليه شخصيا الاستلام رد الأوراق إلى وزارة الخارجية التي تعيده إلى النيابة لإعادته إلى قلم المحضرين . (مسلم بند 388)

وينتج الإعلان أثره بصفة عامة من وقت تسليم الصورة إلى النيابة دون نظر إلى ما يتلو ذلك من إجراءات أو لتاريخ إرسال المحضر للخطاب الموصى عليه بعلم الوصول ، ودون نظر لتسليم الصورة في الخارج إلى شخص المعلن إليه أو في موطنه ، ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التي يكون الإعلان فيها مما يجرى منه ميعاد كإعلان الحكم الذي يجرى منه في حق المعلن إليه ميعاد الطعن فيه ، ففي هذه الحالة لا يتم الإعلان إلا بتمام تسليم الصورة في الخارج سواء لشخصه أو في موطنه بحسب الأحوال والمقصود بالميعاد الذي يجرى منه الإعلان هو ميعاد السقوط كميعاد الطعن في الحكم فلا تندرج فيها مواعيد الحضور من هنا يسرى قضاء محكمة النقض على أن إعلان صحف الدعاوى والطعون يعتبر قد تم بمجرد تسليم الصورة إلى النيابة . (محمد كمال عبد العزيز مرجع سابق)

وبناء على ما تقدم إذا أعلن شخص في الخارج بحكم صدر عليه فالعبرة بتاريخ تسلمه الصورة عند تحديد بداية ميعاد الطعن فيه . ويضاف إلى هذا الميعاد ميعاد مسافة يحدد على أساس المسافة بين موطنه الذي أعلن فيه بالحكم ومقر المحكمة التي يتعين أن يرفع الطعن أمامها . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

ما يتعلق بإعلان من ليس له موطن معلوم في الداخل أو الخارج :

يشترط للإعلان للنيابة عدم علم طالب الإعلان بموطن المطلوب إعلانه سواء في مصر أو في الخارج (1970/103 - م نقض م - 21- 262) ولا يكفى الجهل بالموطن الاصلى إذا كان للمطلوب إعلانه موطن مختار يصح الإعلان فيه أو كان قد غير موطنه الاصلى أثناء الخصومة دون إخطار طالب الإعلان إذ يصح إعلانه فيه عملا بالفقرة الثانية من المادة 12(والى بند 302 - العشماوى بند 574 - إبراهيم سعد ص716) ويلحق بالموطن غير المعلوم من ليس له موطن أصلا كالبدو الرحل . (والى ص 750)

ويشترط لصحة الإعلان أن تتضمن الورقة بيان آخر موطن معلوم للمعلن إليه في مصر أو في الخارج وإلا كان الإعلان باطلا (1956/5/3 - م نقض م - 7 - 652 - 1960/3/3 - م نقض م - 11- 208 - 1970/2/10 - م نقض م - 21- 262 - 1980/4/16 طعن 555 سنة 49 ق) إلا إذا كان طالب الإعلان يجهل أى موطن للمعلن إليه .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن خلو ورقة الإعلان للنيابة من بيان آخر موطن للمعلن إليه في مصر أو في الخارج على نحو ما توجبه المادة 13 من قانون المرافعات ، لا يترتب عليه البطلان إذا كان المعلن للجهل أى موطن للمعلن إليه ما لم يثبت المتمسك بالبطلان أن خصمه كان يستطيع القيام بالتحريات الكافية للتقصي عن موطنه ولو فعل لتوصل إليه وذلك مع مراعاة قدر الميعاد المقرر لاتخاذ الإجراءات وما إذا كان يسمح للمعلن بفترة زمنية كافية لإجراء تلك التحريات وهو ما يخضع لتقدير محكمة الموضوع (1985/2/5 - م نقض م - 36 - 1956/5/31-210 - م نقض م - 7- 652)

كما يشترط لصحة الإعلان للنيابة أن تكشف الورقة عن قيام طالب الإعلان بالتحريات الكافية الدقيقة التي تلزم كل باحث مجد حسن النية لتقصى عن محل إقامة المعلن إليه ولكنها لم تسفر عن ذلك إذ أن إعلان الأوراق القضائية في النيابة العامة على ما تقول محكمة النقض بدلا من إعلانها لشخص المعلن إليه أو محل إقامته إنما أجازه القانون على سبيل الاستثناء فا يجوز الالتجاء إليه إلا إذا قام طالب الإعلان بتلك التحريات (1962/3/14 - م نقض م - 13- 309) ويجب أن تكون التحريات جدية تكشف عن بذل كل الجهد للاهتداء إلى موطن المعلن إليه .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " تسليم أوراق الإعلان للنيابة إجراء استثنائي لا يجوز اللجوء إليه إلا بعد التحري الدقيق عن موطن من يراد إعلانه . وإذا كان يبين من مطالعة أوراق إعادة إعلان الاستئناف أن المطعون عليهم طلبوا إعلان الطاعنين بها في .... ولما وردت الورقة بغير إعلان قام المطعون عليهم بإعلانهم بها في مواجهة النيابة ، وإذ خلت الأوراق مما يدل على أن المطعون عليهم قد بذلوا أى جهد فى سبيل التحري عن موطن الطاعنين قبل تسليم صورة إعادة إعلان الاستئناف للنيابة رغم الإشارة فيه إلى هذا الموطن ، فإن إعادة إعلان الطاعنين بالاستئناف في النيابة يكون قد وقع باطلا " (1973/11/29 – م نقض م – 247 – 1194 – 1982/4/18 طعن 337 سنة 47 ق)

ويتم إعلان من ليس له موطن معلوم في الداخل أو الخارج بتسليم الصورة إلى النيابة دون نظر إلى قيام النيابة بعد ذلك بتسليم الصورة إلى المعلن إليه أو أية إجراءات تتخذ في هذا السبيل (1965/11/9 – م نقض م – 16- 997 – سيف بند 378 مسلم بند 385 – والى بند 236) وإذ لم يحدد النص نيابة معينة ولم يصفها بأنها المختصة ، فقد ساد الرأى بأنه يجوز تسليم الصورة إلى أية نيابة ولو كانت غير التي يتبعها آخر موطن معلوم للمعلن إليه (1963/1/14 طعن 441 سنة 26 قضائية – والى بند 236 – عاشور ص 197) وقد أوجبت المادة 218 من تعليمات النيابة العامة بيان اسم عضو النيابة الذي يتسلم الصورة بما يفيد وجوب تسليمها لأحد أعضاء النيابة العامة وعدم جواز تسليمها إلى احد الموظفين الإداريين بالنيابة . (عاشور ص197)

ويلاحظ أن الإعلان لا يكون قد تم بما يترتب على ذلك من إجراءات إلا بتمام تسليم الصورة إلى النيابة ، ولا يغنى عن ذك الإجراءات التي قام بها طالب الإعلان قبل ذلك ، فإذا لم يتم تسليم الصورة إلى النيابة إلا بعد انقضاء الميعاد المحدد للإعلان لم يعف حق طالب الإعلان من السقوط ما قام به من إجراءات سابقة .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " متى كان تغيير الموطن باعتباره أمرا مألوفا ويمكن توقعه لا يعتبر في ذاته قوة قاهرة يترتب عليها مد ميعاد الإعلان فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بإعلان صحيفة الاستئناف الذي وجهته الطاعنة إلى بعض المطعون عليهم في موطنهم الاصلى المبين بالأوراق ولا بالإعلانات التي وجهتها إليهم في الأماكن التي انتقلوا إليها لأن الإعلان لم يتم فعلا ، كما لم يعتد بالإعلان الذي سلم للنيابة لحصوله بعد الميعاد ورتب على ذلك قضاءه باعتبار الاستئناف كان لم يكن ، فإنه لا يكون قد خالف القانون ، ويكون من غير المنتج النعى على الحكم فيما استطرد إليه تزايدا من تقصير الطاعنة في القيام بالتحريات الكافية عن محل إقامة المطعون عليهم ومن تأثير الغش على ميعاد الإعلان " (1968/4/20 – م نقض م – 19- 315 – 1965/11/19 – م نقض م – 16 – 997) .

ويلاحظ أخيرا قاعدة الغش يبطل التصرفات والإجراءات فلا يجوز أن يفيد المعلن إليه من البطلان إذا ثبت تعمده إخفاء موطنه عن خصمه حتى ا يتمكن من إعلانه .

وفى جميع الحالات إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه أو امتنع المراد إعلانه أو من ينوب عنه عن التوقيع على أصلها بالاستلام أو عن استلام الصورة اثبت المحضر ذلك في حينه في الأصل والصورة وسلم الصورة للنيابة العامة .

ويعتبر الإعلان قد تم تسليم الصورة إلى النيابة إذا بهذا الإجراء وحده تتم إجراءات الإعلان ، فلا يكفى للقول بتمام القيام الإعلان بالإجراءات السابقة على ذلك التي انتهت بعدم وجود من يصح تسليم الصورة إليه أو امتنع من وجده المحضر عن الاستلام أو التوقيع (العشماوى بند 576 – المدونة الجزء الأول بند 457 – والى بند 242 – وقارن أبو الوفا هامش بند 433 – حيث يرى أن الإعلان يعتبر قد تم من وقت الامتناع عن الاستلام أو التوقيع لا من وقت تسليم الصورة إلى النيابة بتقدير أن الامتناع يصدر من شخص مسئول ملزم بحكم القانون بتسليم الصورة على خلاف الأشخاص المذكورين بالمادة العاشرة وواضح أن رأيه فضلا عن انه لا يواجه كافة الفروض التي عالجتها الفقرة الأخيرة فإنه يفتقر إلى الأساس القانوني الصحيح ويمكن علاج الحالات التي يستهدفها من خلال قواعد قانونية أخرى كقاعدة الغش يبطل الإجراءات .

بطــلان الإعــلان :

فقد نصت المادة (19) من قانون المرافعات على انه " يترتب البطلان على عدم مراعاة المواعيد والإجراءات المنصوص عليها في المواد 6 ، 7، 8 ، 9، 10 ، 11، 13"

ويشترط لترتيب البطلان جزاء العيب أو النقص الذي شاب الإجراء أن يكون العيب أو النقص مؤثرا :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " النص في المادتين 19 ، 20 من قانون المرافعات يدل على أن المشرع قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة في الخصومة ، فإذا ثبت تحقيق الغاية التي يرمى القانون إلى تحقيقها من توافر الشكل أو البيان فإنه لا يحكم بالبطلان ، ولما كان من المقرر انه متى خلت الصورة من بيان أوجبه القانون وقع الإعلان باطلا بشرط أن يكون العيب في البيان مؤثرا " (1984/2/28 طعن 598 /655 سنة 50 قضائية) فإذا اختلف تاريخ الإعلان الوارد في اصل ورقة الإعلان عن تاريخه الوارد في الصورة مع وقوعه الحالين فى الميعاد فلا يترتب على هذا الخلاف البطلان (1957/1/5 – م نقض م – 8- 56)

وكذلك إذا اختلف توقيع المحضر في كل منهما عن الآخر مع عدم الادعاء بان كلا منهما موقع من شخص مختلف عن الآخر لم يترتب على ذلك الاختلاف البطلان (1969/12/25 – م نقض م – 20- 1322) .

والبطلان الناشئ عن العيب أو النقص في إجراءات الإعلان هو بطلان نسبى لا يجوز أن يتمسك به غير من تعيب إعلانه دون غيره حتى ولو كان الموضوع مما لا يقبل التجزئة أو كانت الدعوى مما يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين فلا يمتد إليهم اثر ذلك إلا بعد أن يتمسك صاحب الشأن بالبطلان وتقضى به المحكمة :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " البطلان الناشئ عن عدم مراعاة إجراءات الإعلان بما في ذلك إجرائه على غير موطن المعلن به هو بطلان نسبى غير متعلق بالنظام العام فلا يملك التمسك به إلا من شرع ذلك البطلان لمصلحته وليس لغيره ممن يصح إعلانهم أن يتمسك بالبطلان الذي لا شأن له به ، فلا يقبل منه تقديم الدليل على قيامه ، ولا يغير من ذلك أن يكون الموضوع غير قابل للتجزئة ذلك انه في حالة عدم التجزئة فإن إفادة من صح إعلانهم من البطلان الحاصل في إعلان غيرهم من الخصوم لا يكون إلا بعد أن يثبت هذا البطلان بالطريق الذي يتطلبه القانون فيتمسك به صاحب الشأن فيه وتحكم به المحكمة وعندئذ يستتبع الحكم بالبطلان بالنسبة لمن لم يصح إعلانه ، بطلانه أيضا بالنسبة لباقي الخصوم " (1987/3/26 طعن 348 سنة 50 قضائية – م نقض م – 38- 464- 1976/6/2 – م نقض م – 27- 1266 – 1988/4/17 طعن 719 سنة 52 قضائية – 1988/11/21 طعن 680 سنة 46 قضائية – 1988/12/21 – طعن 935 سنة 51 ق) وتطبيقا لذلك لا يجوز التمسك ببطلان إعلان إبداء الرغبة في الشفعة لغير من تعيب إعلانه (1984/2/8 طعن 491 سنة 47 ق) .

ويخضع التمسك ببطلان إجراءات الإعلان لحكم المادة 108 من قانون المرافعات سواء من حيث كيفية الدفع به أو وقت إبداء هذا الدفع ، وتطبيقا لذلك يجوز لمن لم يحضر أمام محكمة الاستئناف أو يقدم مذكرة بدفاعه أن يتمسك أمام محكمة النقض ببطلان إعلانه بصحيفة الاستئناف (1983/4/28 طعن 395 سنة 52 ق – م نقض م – 34- 1089 – 1983/4/28 طعن 720 سنة 50 قضائية – م نقض م – 34- 1092) وليس في القانون ما يحول دون التمسك ببطلان الإعلان بعد القضاء برفض الدعاء بتزويره لاختلاف نطاق ومرمى كل من الدفعين " (1987/1/28 طعن 927 سنة 53 قضائية – م نقض م – 38- 197) . (محمد كمال عبد العزيز – مرجع سابق)

أسبـــاب البطــــلان

البطلان لأسباب شكلية

لقد نص القانون على شك معين يجب إتباعه لإصدار الحكم (م 166) وهكذا في سائر الأعمال الإجرائية المختلفة ، فالمجموعة تحتوى في اغلبها على تنظيم شكل الأعمال الإجرائية سواء كانت صادرة من القاضي وأعوانه أو من الخصوم ومساعديهم أو من الغير كالشهود ومخالفة الأعمال الإجرائية للنموذج الشكلي الذي حرره القانون إلى بطلان هذه الأعمال .

الشكل والعمل الاجرائى :

والشكل في العمل الاجرائى مقرر كشرط صحة لا كشرط إثبات وبالتالي إذا كانت صحيفة الدعوى مثلا معيبة بعيب شكلي فإنه لا يجوز تكملة هذا العيب عن طريق الإثبات ، فلا يجوز إثبات أن صحيفة الدعوى التي ينقصها التاريخ قد أعلنت في الواقع في يوم كذا . ولهذا أيضا إذا اغفل المحضر بيان الإجراءات التي قام بها في محضره فانه لا يجوز إحالة الأمر الذي التحقيق لإثبات انه قد قام بهذه الإجراءات فعلا . كذلك لا يجوز إثبات وجود العمل إلا بتقديم الأصل أو الصورة ، ولا يحل محل هذا شهادة الشهود أو حتى الإقرار كما لا يحل محله أن يكون القيام بالعمل ثابتا فى سجل قلم المحضرين . (فتحى والى ، مرجع سابق)

فالعمل الاجرائى لعمل قانونى تشارط فيه عناصر شكلية هى مجموعة العناصر الخارجية التى يستلزم القانون إفراغ النشاط الاجرائى فيها فيتحقق بها المظهر الخارجى للعمل .

الشكل كعنصر من عناصر العمل :

ويقصد بذلك الوسيلة التي يتم العمل . فالقانون قد يشترط كشك للعمل أن يتم كتابة أو شفاهة ، وقد يتطلب غير هذا أن تتضمن الورقة بيانات معينة : توقيع من قام بالعمل ، ذكر التاريخ .. الخ .

ويشترط القانون أن تكون لغة المحاكم هى اللغة العربية إلا إذا أذنت المحكمة بسماع أقوال الخصوم أو الشهود الذين يجهلونها بواسطة مترجم بعد حلف اليمين .

وإذا تطلب الأمر تقديم مستند مكتوب بلغة أجنبية كدليل في الدعوى فيجب أن يرفق بترجمة عربية له . ولكن يلاحظ أن المستند لا يعتبر عملا إجرائيا . أما إذا تعلق الأمر بعمل اجرائى ، كرفع الدعوى أو تقديم مذكرة إلى المحكمة .. الخ فانه لا يجوز تقديمه بلغة أجنبية وكان العمل مرفقا بترجمة عربية أو بملخص عربي .

ويشترط في غالبية الأعمال الإجرائية أن تعلن إلى الخصم الآخر أو إلى المحكمة .

وهنا يجب التفرقة بين نوعين من الإعلان هما :

الإعلان كعنصر من عناصر العمل : ومثاله إعلان صحيفة الدعوى أو إعلان صحيفة الاستئناف وفى هذه الحالات يعتبر الإعلان عنصرا من عناصر العمل القانوني وإذا تصورنا أن شخصا كتب صحيفة دعوى ووضعها في درج مكتبه دون أن يعلنها إلى خصمه أو يقدمها إلى المحكمة ، فإننا لا نكون بصدد مطالبة قضائية وإنما تتوافر عناصر هذا العمل إذا أضيف إلى الإرادة غير المعلنة (الصحيفة) إعلانها .

الإعلان كعمل اجرائى مستقل : ومثاله إعلان الوفاة أو إعلان الحكم . في هذه الحالات توجد واقعة قانونية كاملة يريد القانون أن يبلغها إلى شخص آخر فيشترط إعلانها . ويعتبر الإعلان عملا قانونيا مستقلا عن الواقعة المعلنة .

وتظهر أهمية التفرقة بالنسبة لأثر تعيب الإعلان أو عدم القيام به . فإذا كان الإعلان عنصرا من عناصر العمل القانوني فإن تعيبه أو عدم القيام به يعتبر عيبا في هذا العمل القانوني ، أما إذا كان الإعلان عملا مستقلا فإنه تعيبه أو عدم القيام به لا يؤثر في الواقعة القانونية المعلنة ، ولهذا فان بطلان إعلان الحكم لا يؤثر في صحة الحكم .

كما يشترط القانون بالنسبة بعض الأعمال الإجرائية بعض الالتزامات المالية كدفع دمغة أو رسما . وهذا الالتزام المالي لا يعتبر شكلا بالمعنى الصحيح ومن المقرر أن المخالفة المالية في القيام بعمل اجرائى لا يترتب عليها بطلان هذا العمل . فصحيفة الدعوى لا تكون باطلة إذا لم تستوف رسم الدمغة اللازمة . كذلك لا يبطل الحكم إذا كان قد صدر بناء على إجراءات لم تحترم فيها الالتزامات المالية . وهذا المبدأ مسلم به فقهاء وقضاء . (فتحى والى ، مرجع سابق)

الشكل كظرف للعمل :

قد يتطلب القانون الشكل ا باعتباره عنصرا من عناصر العمل بل كظرف خارجى .

ولكنه يجب وجوده لكى ينتج العمل آثاره القانونية . والظروف الشكلية للعمل قد تتصل بمكان العمل أو بزمانه .

مكان العمل الاجرائى :

ينظم القانون بالنسبة لبعض الأعمال الإجرائية المكان الذي يجب أن يتم فيه وهناك أعمال طبيعتها المكان الذي يجب أن تتم فيه ، فالأحكام يجب أن تصدر في الجلسة . ولو أن القانون لم ينص على ذلك صراحة ، فان هذا الشرط مستفاد من مجموع النصوص التي تنظم إصدار الأحكام (خاصة المواد : 171 و172 و174 175 مرافعات مصري (كذلك الأعمال الإجرائية التي توجه إلى المحكمة تتم بطبيعتها في المحكمة (في الجلسة – أو قلم الكتاب) كذلك الأمر بالنسبة للأعمال التي يجب أن تتم أمام القاضي وإن لم توجه إليه يجب أن تتم بالجلسة في المحكمة .ولا يستثنى من هذا إلا أن يوجد نص يجيز القيام بها في مكان آخر . ومثال هذا نص المادة 126 من قانون الإثبات التي تقضى بانتقال المحكمة أو ندب أحد القضاة لتحليف من وجهت إليه اليمين الحاسمة إذا كان لديه عذر يمنعه من الحضور .

زمن العمل الاجرائى :

ونجد أن المشرع قد يحدد زمن العمل تحديدا مجردا ، أى دون عاقة بأية واقعة سابقة أو لاحقه . ومثال هذا ما تنص عليه 7 مرافعات مصري من انه " لا يجوز إجراء أى إعلان أو تنفيذ قبل الساعة السابعة صباحا ولا بعد الساعة الخامسة مساء " فالإعلان او التنفيذ حدد له المشرع من الساعة السابعة صباحا حتى الخامسة مساء وذلك دون تحديد يوم معين مادام ليس عطلة رسمية .

وقد يوجب المشرع القيام بالعمل في يوم معين – بل في ساعة ودقيقة معينة ، فإذا لم يحدد الدقيقة فإن العمل يجب أن يتم في الدقيقة الأولى من الساعة ، على انه يجب التسامح في هذا التحديد ، المهم أن تحديد الزمن هنا يس تحديدا مجردا فى أى يوم كما في الصورة السابقة .

وقد يحدد المشرع زمن العمل بموجب القيام بالعمل في ترتيب معين بين أعمال الخصومة الأخرى والترتيب بين الأعمال الإجرائية تحدده في الغالب طبيعتها دون حاجة أى تدخل المشرع للنص عليه . فمن الواضح مثلا أن استئناف الحكم يكون بعد صدوره ، وأن الدفع يقدم بعد إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى .... الخ .

على أن الأمر ليس كذلك دائما – إذ هناك بعض الأعمال قد يتصور أن تتم قبل أو بعد غيرها وهنا يتدخل المشرع حتى لا يترك الأمر فوضى وحتى يضمن تحقيقا لحسن للغاية من الخصومة . من هذا مثلا ما ينص عليه المشرع من ترتيب معين للدفوع المختلفة . (انظر المادة 108 مرافعات مصري)

وقد يحدد المشرع ميعادا معينا لاتخاذ إجراء معين وهو ما يطلق عليه المواعيد الإجرائية وتلعب المواعيد دورا هاما في الخصومة ، ذلك أن الخصومة تتكون من مجموعة من الأعمال الاجرائية وفرض مواعيد بينها يساعد على تنظيم الخصومة بما يضمن تحقيق الغاية منها . ومن ناحية أخرى فإن فرض المواعيد يؤدى إلى وضع حد النزاع فلا تبقى الخصومة بغير نهاية .

أحكـام النقـض :

المقرر أن إغفال البيان الخاص بتوقيع المحضر على صورة الإعلان متعلق بالنظام العام لان توقيع المحضر هو الذي يكسب الورقة صفتها الرسمية وكانت هذه الغاية ا تتحقق إلا باشتمال صورة الإعلان على التوقيع ولا يسقط البطلان بالحضور ولا بالنزول عنه ولا أن يكون الخصم حضر بالجلسة ولا يتمسك به . (نقض الطعن رقم 32 لسنة 50 ق – جلسة 1983/6/5)

مؤدى نص المادتين 9، 19 من قانون المرافعات يدل على أن أوراق المحضرين تخضع في تحريرها إجراءات معينة وبيانات خاصة حددتها المادة التاسعة ورتبت المادة 19 البطلان على عدم مراعاتها ، وأهم هذه البيانات التي يجب أن تشتمل عليها الورقة تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التي حصل فيها الإعلان ويعتبر تاريخ الإعلان بيانا جوهريا . وإذا كان يجب في صورة الإعلان أن تكون مطابقة للأصل متضمنة جميع البيانات المطلوبة في الورقة بخط يمكن قراءته – كتاريخ حصوله مثلا – بط الإجراء ولو كان الأصل صحيحا ، وكان البيان مكتوبا فيه بخط واضح ، ولا يجوز في هذه الحالة الرجوع إلى الأصل ، ذلك أن المقرر قانونا انه لا يجوز في هذه الحالة الرجوع إلى الأصل ، ذلك أن المقرر قانونا انه لا يجوز تكملة النقص في بيانات ورقة الإعلان بأى دليل آخر مستمد من غير الورقة ذاتها مهما بلغت قوة الدليل ، لما كان ذلك وكان البين من صورة إعلان الحكم الابتدائي إلى الطاعنة والمقدمة بملف الطعن الماثل أن المحضر حرر فيها تاريخ الإعلان بخط تسجيل قراءته ب ان ما خطه فيها بصدد هذا البيان لا يمكن أن يدل بذاته على كنه هذا التاريخ ومن ثم فإن هذا الإعلان يكون باطلا حتى ولو كان الأصل قد اشتمل على تاريخ الإعلان بخط واضح مقروء . (نقض – الطعن رقم 591 لسنة 40 ق – جلسة 1981/6/22)

المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – انه وإن كان الأصل في إعلان أوراق المحضرين القضائية هو أن تسلم إلى المعلن إليه نفسه أو في موطنه الاصلى ، وذلك ابتغاء ضمان اتصال علمه بها سواء بتسليمها إلى شخصه وهو ما يتحقق به العلم اليقيني أو بتسليمها في موطنه إلى احد المقيمين معه من الأزواج أو الأقارب أو الأصهار أو التابعين – المادة 10 من قانون المرافعات – وهو ما يتحقق به العلم الظني – أو بتسليمها إلى جهة الإدارة التي يقع موطنه في دائرتها إذا لم يوجد من يصح تسليمها إليه على أن يرسل إليه المحضر في موطنه كتابا مسجلا يخبره فيه بمن سلمت إليه الصورة بحيث يعتبر الإعلان منتجا لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانونا – المادة 11 من ذات القانون – أو بتسليمها إلى القيادة العامة إذا لم يكن للمعلن إليه موطن معلوم في الداخل أو الخارج – المادة 13 من القانون المشار إليه – وهو ما يتحقق به العلم الحكمي ، إلا أن المشرع قد خرج على هذا الأصل بالنسبة لإعلان الأحكام ، إذا استوجب في المادة 213 من قانون المرافعات أن تعلن إلى المحكوم عيه لشخصه أو في موطنه الاصلى ، وذلك تقديرا منه للأثر المترتب على إعلان الحكم وهو بدء مواعيد الطعن ، الأمر الذي حرص المشرع من اجله على أحاطته بمزيد من الضمانات للتحقق من وصولها إلى علمه فعلا حتى يسرى في حقه ميعاد الطعن عليها مما مؤداه وجوب توافر علم المحكوم عليه في هذه الحالة بإعلان احكم علما يقينيا أو ظنيا ودون الاكتفاء في هذا الصدد بالعلم الحكمي واستثناء من الأصل المنصوص عليه في المواد 10 ، 11 ، 12 ، 13 من قانون المرافعات ولما كانت المحكمة التي توخاها المشرع من وجوب إخطار المعلن إليه في حالة تسليم صورة لإعلان للجهة الإدارة بكتاب مسجل هو إخباره بمن سلمت إليه الصورة حتى يسعى لتسليمها والعمل بها ، فإن هذه النتيجة لا تتحقق إذا ثبت أن الكتاب المسجل لم يصل للمعلن إليه ولم يسلم إليه ، وهو ما ينفى بذاته عن المعلن إليه العلم اليقيني أو الظني بإعلان الحكم فينبني على ذلك أن الأثر الذي رتبته المادة 11 من قانون المرافعات على تسليم الصورة لجهة الإدارة يفتقر في هذه الحالة إلى مجرد العلم الحكم بإعلان الحكم الأمر الذي لا تتوافر به الغاية التي استهدفها المشرع من الاستثناء والذي أورده نص المادة 213 من قانون المرافعات ،

وبالتالي فإن الإعلان في هذه الحالة لا ينتج أثرا في هذا الصدد ، ولا يبدأ به ميعاد الطعن في الحكم ولا يسرى في حق المحكوم عليه ، لما كان ما تقدم وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المحضر عندما توجه لإعلان الطاعن بالحكم الابتدائي تبين عدم وجود من يصح تسليم الإعلان له فسلم الصورة إلى جهة الإدارة ووجه إليه كتابا مسجلا يخطره فيه بذلك بتاريخ .... إلا انه لم يرد إليه وإنما أعيد إلى الراسل حسبما ورد بالشهادة الرسمية الصادرة من الإدارة العام يزيد وسط القاهرة التي قدمها الطاعن لمحكمة الاستئناف ومن ثم فإن هذا الإعلان لا ينتج أثرا أو لا ينفتح به ميعاد الطعن بالاستئناف بالنسبة للطاعن ، إذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بهذا الإعلان ورتب على ذلك قضاء بسقوط حق الطاعن في الاستئناف فانه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون (الطعن رقم 592 سنة 58 ق – جلسة 1993/2/7)

إذا كان النص في الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون المرافعات على أن ....وفى المادة 19 على أن ....يدل على انه يجب على المحضر خلال أربع وعشرين ساعة من تسليم ورقة الإعلان لجهة الإدارة أن يوجه للمعلن إليه خطابا مسجلا يخبره فيه بمن سلمت إليه الصورة وأن المشرع أراد من المحضر أن يثبت في حينه الخطوات التي يتخذها في إتمام الإعلان ضمان وصول ورقة الإعلان إلى المعلن إليه أو وصول الإخطار بمكان وجودها أن لم تصل إليه حتى يكون في ذلك رقابة على المحضر فيما يباشره من أعمال تترتب على إتمامها آثار قانونية مختلفة وجعل البطلان جزاء عدم مراعاة تلك الإجراءات لما كان ذلك وكان الثابت من اصل إعلان صحيفة الاستئناف وإعادة الإعلان أن المحضر قام بإعلانها لجهة الإدارة دون أن يوجه أى الطاعن خلال أربع وعشرين ساعة كتابا مسجلا يخطره فيه أن صورة الإعلان سلمت لهذه الجهة واثبت في محضريهما انه لم يرسل هذا الإخطار لعدم وجود طوابع بريدية ، فمن ثم يكون إعلان صحيفة الاستئناف قد وقع باطلا لتخلف هذا الإجراء الجوهري . (الطعن رقم 3731 لسنة 58 ق – جلسة 1993/6/20)

مؤدى نص المادة 10 من قانون المرافعات – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يدل على أن الأصل في إعلان أوراق المحضرين أن تسلم الأوراق المراد إعلانها للشخص نفسه أو في موطنه ، فإذا لم يجد المحضر الشخصي المراد إعلانه في موطنه جاز تسليم الأوراق إلى احد أقاربه أو أصهاره بشرط أن يكون مقيما معه ، فإذا اغفل المحضر إثبات صفة من تسلم صورة الإعلان أو إغفال إثبات انه من أقارب أو أصهار المطلوب إعلانه المقيمين معه فانه يترتب على ذلك بطلان الإعلان طبقا لنص المادة 19 من قانون المرافعات ، لما كان ذلك وكان يبين من الصور الرسمية لاص صحيفة الاستئناف التي قدمها الطاعن أن المحضر اثبت فيها انتقاله إلى محل إقامة الطاعن ولم يجده لإعلانه بها فأعلنه بصورتها مخاطبا مع ابنه عمه ... دون أن يثبت انه مقيم مع الطاعن وكان يبين من الصور الرسمية لمحاضر جلسات الاستئناف أن الطاعن لم يمثل فيها أمام المحكمة ولم يقدم خلالها مذكرة بدفاعه إلى أن صدر الحكم المطعون فيه ، فان هذا الحكم يكون معيبا بالبطلان لصدوره بناء على إجراءات باطلة . (نقض 1980/1/28 – س31 – ج1- ص324)

لما كان المشرع لم يضع قواعد خاصة لإعلان صحف الدعاوى أو تعجيل السير فيها بعد الانقطاع فيسرى في شأنها القواعد العامة في إعلان الأوراق بمعرفة المحضرين ومنها ما تنص عليه المادة الحادية عشرة من قانون المرافعات ومضادها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الأصل في الإعلان أوراق المحضرين أن تسلم إلى الشخص أو في موطنه ، فإذا لم يجد من يصح إعلانهم عنهم أو امتنع عن التوقيع على اصل الإعلان أو عن استلام الصورة فيجب على المحضر أن يسلم الورقة في ذات اليوم إلى جهة الإدارة وان يخطر المعلن إليه بذلك بكتاب مسجل خلال أربع وعشرين ساعة ويعد غلق مسكن المطلوب إعلانه مما يندرج تحت حكم المادة الحادية عشرة ويوجب على المحضر تسليم الورقة إلى جهة الإدارة لأن غلق المسكن في هذه الحالة كشأن بقية الحالات التي تحول دون تسليم الإعلان على النحو الذي رسمه القانون فيسير حكمه لذات العة ولما كانت الحكمة التي توخاها المشرع من وجوب إخطار المعلن إليه في حالة تسليم صورة الإعلان لجهة الإدارة بكتاب مسجل هو إخباره بمن سلمت إليه الصورة حتى يسعى إلى تسلمها والعلم بها ،

فإن مؤدى ذلك ضرورة إخطار كل من المعلن إليهم – ولو تعددوا – بكتاب مسجل مستقل لكل منهم حتى يتحقق العلم الظني أو الحكمي بذلك الإعلان اللازم لسير الخصومة ، فان قعد المحضر عن إخطار كل منهم بذلك الإعلان بكتاب مستقل فان إجراءات الإعلان تكون باطلة مما يؤثر في سلامة الحكم عملا بالمادة 1/19 من قانون المرافعات ، ذلك أن في قيام المحضر بإخطار المعلن إليهم جملة بكتاب واحد ما يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة إعلان كل منهم على النحو المقرر قانونا ، فان قضت محكمة الموضوع في الدعوى بناء على ذلك يكون حكمها باطلا قانونا حتى تمسك بذلك ذوى الشأن . (الطعن رقم 617 لسنة 59 ق – جلسة 1994/1/17)

إعلان الأوراق القضائية في النيابة بدلا من إعلانها لشخص المراد إعلانه أو في موطنه ، وان كان لا يصح اللجوء إليه قبل قيام المعلن بالتحريات الكافية الدقيقة عن محل إقامة المعلن إليه إلا أن بطلان الإعلان لعدم كفاية هذه التحريات لا يجوز أن يتمسك به إلا من شرع هذا البطلان لمصلحته ، ذلك أن بطلان الخصومة لعدم إعلان احد الخصوم إعلانا صحيحا هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بطلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقا بالنظام العام فلا يجوز لغير الخصم الذي بطل إعلانه الدفع به ولو كان له مصلحة في ذلك أو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة . (نقض جلسة 1982/12/9 – مجموعة أحكام النقض ، س33 رقم 205 ، ص1134)

إذا كانت المادة 178 من قانون المرافعات المعدلة بالقانون 13 لسنة 1973 قد أوجبت أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها والا كانت باطلة مقتضاه أن تبين المحكمة الوقائع والأدلة التي استندت إليها في حكمها وكونت منها عقيدتها بحيث تستطيع محكمة النقض أن تراقب ثبوت الوقائع ونادلة هذه الثبوت لتحقق من انه من الأدلة التي يصح قانونا بناء الحكم عليها ، وان تتحقق من تكييف الوقائع وثبوتها وسلاسة تطبيق القانون عليها للتيقن من انه من الأدلة التي يصح قانونا بناء الحكم عيها ومن أن ما أثير حوله من دفاع لا يؤثر فيه فإذا تعذر تعيين الدليل الذي كونت منه المحكمة اقتناعها بوجهة نظرها فان الحكم يكون قد عابه قصور يبطله . لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه انه اغفل كلية إيراد الحجج الواقعية والقانونية التي بنى عليها قضاءه بإلغاء الحكم الابتدائي والقضاء للمطعون ضده بالمبلغ الموضوع بمنطوقه ، وهى من البيانات الجوهرية التي يترتب على إغفالها بطلان الحكم لفقدانه شروط صحته مما يستوجب نقضه (الطعن رقم 866 لسنة 50 ق – جلسة 1981/2/15)

توجب المادة 178 من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم 13 لسنة 1973 أن يشتمل الحكم على أسبابه الواقعية من عرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهري الذي تتأثر به نتيجة النزاع ، ويتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، ورتبت البطلان جزاء على إغفالها أو القصور فيها ، ما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن منازعة طرفيه تدور حول المطالبة بقيمة سند إذني مؤرخ 1973/11/1 دفع بأنه حرر بمناسبة عملية تجارية وضمانا لها وهو موضوع يغاير وقائع الحكم المستأنف الذي يدور الخلاف بين طرفيه حول فوائد ما لم يدفع من الثمن مما تكون معه أسباب الحكم المطعون فيه قد خلت مما قدمه الخصوم من طلبات وأوجه دفاع أو دفوع وخلاصة ما استندوا إليه من الأدلة الواقعية مخالفا بذلك نص المادة 178 من قانون المرافعات مخالفة تستوجب نقضه . (الطعن رقم 494 لسنة 46 ق – جلسة 1980/3/4)

لما كانت المادة 178 من قانون المرافعات تستوجب أن يبين في الحكم أسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا فيه وحضروا تلاوته وترتب البطلان جزاء على عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروه ، وكان الثابت من بيانات النسخة الأصلية للحكم المطعون فيه أنها اشتملت على اسم رئيس الدائرة التي أصدرته وأحد أعضائها فقط دون العضو الثالث فانه يكون باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام ومن ثم يتعين نقض الحكم لهذا السبب . (الطعن رقم 196 لسنة 96 ق (أحوال شخصية) جلسة 2001/2/24)

النص في المادة الثانية من الدستور على أن " الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية " وفى المادة 165 منه على أن " السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفق القانون " وفى المادة 19 من قانون السلطة القضائية على أن " لغة المحاكم هى اللغة العربية وعلى المحكمة أن تسمع أقوال الخصوم أو الشهود الذين يجهلونها بواسطة مترجم بعد حلف اليمين " يدل على أن المشرع عد اللغة العربية من السمات الجوهرية والمقومات الأساسية التي ينهض عيها نظام الدولة ، مما يوجب على الجماعة بأسرها حكومة وشعبا بحسب الأصل الالتزام بها دون أية لغة أخرى كوسيلة للخطاب والتعبير في جميع المعاملات وشتى المجالات على اختلافها وحرص المشرع على تقنين هذا الحكم في مجال القضاء بإيجاد نص صريح جلى المعنى قاطع الدلالة في أن اللغة العربية هى المعتبرة أمام المحاكمة يلتزم بها المتقاضى والقاضي على السواء فيما يتعلق بإجراءات التقاضي أو الإثبات أو إصدار الأحكام

وقد عالج هذا النص الحالة التي يتحدث فيها الخصوم أو الشهود بلغة أجنبية فأوجب ترجمة أقوالهم إلى اللغة العربية وحكمه يجرى كذلك على سائر المحررات المدونة بلغة أجنبية التي تساند إليها الخصوم فيتعين قبول هذه المحررات أن تكون مصحوبة بترجمة عربية لها لذات العلة : وتحقيقا للغاية التي استهدفها المشرع من الالتزام باستخدام اللغة العربية باعتبارها اللغة الرسمية للدولة وإحدى الركائز لأعمال سيادتها وبسط سلطانها على أراضيها مما يحتم على الجميع عدم التفريط فيها أو الانتقاض من شأنها على أية صورة كانت والقاعدة التي قننها المادة 19 من قانون السلطة القضائية بهذه المثابة تعد من أصول نظام القضاء المتعلقة بالنظام العام ، فيترتب على مخالفتها البطلان المطلق ومن ثم يجوز للخصم التمسك بهذا البطلان كما يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وإذا خالف الحكم المطعون هذا النظر حين استند في قضائه بإلزام الشركة الطاعنة بتحرير عقد إيجار للمطعون ضده الأول عن الشقة موضوع النزاع إلى عقد إيجارها الاصلى الذي قدمه الأخير متخذا منه ركيزة أقام عيها قضاءه فيما ذهب إليه من صدور هذا اعقد من المالك السابق للعقار الكائن به الشقة المطعون ضده الثاني الذي تنازل عنها للمطعون ضده الأول باعتبارها مكتبا للمحاماة على الرغم من كونه محررا باللغة الفرنسية دون تقديم ترجمة عربية لبياناته ونصوصه التي عول عليها الحكم فانه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه (2333 لسنة 59 ق – جلسة 1994/1/16)

مؤدى نص المادة 178 من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم 13 لسنة 1973 أن المشرع أوجب على المحاكم أن تورد في أحكامها ما أبداه الخصوم من دفوع وما ساقوه من دفاع جوهري ليتسنى تقدير هذا وتلك في ضوء الواقع الصحيح في الدعوى ، ثم إيراد الأسباب التي تبرر ما اتجهت إليه المحكمة من رأى ورتب المشرع على القصور في الأسباب الواقعية بطلان الحكم ، كما انه يحكم ما الدفوع من أهمية بارزه في سير الخصومات أفراد لها المشرع الفصل الأول من الباب السادس من الكتاب الأول من قانون المرافعات مبينا كيفية التمسك بها وآثارها ،

ومن ثم أوجب على المحاكم إيراد خلاصة موجزة لها - في إطلاق غير مقيد بوصف - خلافا لما وصف به الدفاع من أن يكون جوهريا على تقدير منه بتحقق هذا الوصف في كافة الدفوع بخلاف أوجه الدفاع التي قد يغنى بعضها عن البعض الآخر ، وينطوي الرد على أحداها على معنى اطراح ما عداها ثم استلزم القانون لسلامة الأحكام ان تورد الرد الواقعة الكافة على تلك الدفوع وعلى الجوهري من أوجه الدفاع مرتبا البطلان جزاء على تقصيرها في ذلك - لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق إن الطاعن قد دفع أمام محكمة الاستئناف ببطلان الصورة المعلنة من صحيفة الاستئناف لخلوها من البيانات الجوهرية المنصوص عليها في المادة التاسعة من قانون المرافعات وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه انه لم يشر إلى هذا الدفع ولم يفصل فيه فإنه يكون مشوبا بقصور من شأنه إبطال الحكم .
(الطعن رقم 106 لسنة 59 ق - جلسة 1992/5/26)

إذا كان البين من الأوراق أن المطعون ضده ترك استئنافه الاصلى بعد انقضاء ميعاد الاستئناف وكان الحكم بقبول ترك الخصومة في الاستئناف الاصلى يستتبع القضاء ببطلان الاستئناف الفرعي وفقا نص المادة 239 من قانون المرافعات ، فان الحكم المطعون فيه إذا قضى بقبول ترك الخصومة في الاستئناف الاصلى وببطلان الاستئناف الفرعي المقام من الشركة الطاعنة لا يكون قد خالف القانون . (الطعن رقم 845 لسنة 43ق - جلسة 1976/11/29)

إجراءات استصدار عند توافر الشروط التي يتطلبها القانون إجراءات تتعلق بشكل الخصومة ولا تتصل بموضوع الحق المدعى به أو بشرط وجوده ، ومن ثم فان الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها إلى المحكمة مباشرة للمطالبة بدين تتوافر فيه شروط استصدار أمر الأداء هو في حقيقته دفع ببطلان الإجراءات لعدم مراعاة الدائن القواعد التي فرضها القانون لاقتضاء دينه ، وبالتالي يكون هذا الدفع موجها إلى إجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها ، وبهذه المثابة يكون من الدفوع الشكلية وليس دفعا بعدم القبول ما نصت عليه المادة 142 من قانون المرافعات السابق . (نقض - جلسة 1975/5/23 - مجموعة أحكام النقض - س23 - رقم 153 - 981)

تمثيل الولى الطبيعي لابنه فى الخصومة أمام محكمة أو درجة حتى صدور الحكم فيها ، بلوغه سن الرشد قبل إقامة الاستئناف ، رفع والده الطعن أثره عدم قبول الاستئناف لرفعه من غير ذي صفة ، لا ينال من ذلك إقرار المطعون ضده بالموافقة على إجراءات الاستئناف أو إصداره توكيلا لاحقا لوالده لمباشرة الخصومة في الاستئناف نيابة عنه . (الطعن رقم 10402 لسنة 66 ق – جلسة 1998/2/14)

الحكم بقبول ترك الخصومة في الاستئناف الاصلى ، أثره وجوب القضاء ببطلان الاستئناف الفرعي ، مادة 239 مرافعات (الطعن رقم 2427 لسنة 61 ق – جلسة 1999/5/10)

البطلان لأسباب موضوعية

يقصد بالبطلان لعيب موضوعى البطلان لعيب غير شكلى ، فكلمة موضوع هنا لا تعنى المضمون فقط بل تشمل كل ما لا يدخل فى الشكل .

والعمل الاجرائى عمل قانونى له – كغيره من الأعمال القانونية – مقتضيات صحة موضوعية ، فليس من الصواب القول بأن المقتضى الوحيد له هو الشكل ، وان كان هذا لا ينفى أهمية الشكل بالنسبة له ، وتأثيره في المقتضيات الأخرى .

الشروط الواجب توافرها للحكم بالبطلان لأسباب موضوعية :

وقوع مخالفة موضوعية .

عدم إزالة السبب الموجب للبطلان قبل أن يفصل فيه القاضي .

تنص المادة 117 مرافعات على انه " يعد مخالفة موضوعية تؤثر في صحة العمل : تخلف أهلية الاختصام – تخلف سلطة الخصم أو سلطة شخص يظهر في القضية كممثل لشخص معنوي أو لشخص طبيعي ناقض الأهلية – تخلف أهلية أو سلطة شخص يكفل التمثيل القانوني للخصم أمام القضاء . (فتحي والى ، مرجع سابق)

والعمل الاجرائى كأى عمل قانوني يجب أن تتوافر فيه مقتضيات تتصل بـ :

شخص القائم بالعمل .

إرادية العمل .

محل العمل .

أولا : شخص العمل الاجرائى

1- القاضي وغيره من الموظفين :

يشترط في القاضي أو غيره من الموظفين الذين يقومون بأعمال في الخصومة أن تتوافر فيهم الصلاحية للقيام بالعمل وهذه الصلاحية ذات شقين : صلاحية عامة وصلاحية خاصة .

ويقصد بالصلاحية العامة أن يكون القائم بالعمل متمتعا بصفة موظف من الفئة التي ينسب إليها العمل : فإن كان العمل الاجرائى مما يصدر من القاضي ، فيجب أن يكون من قام بهذا العمل قضايا ، أى شخصا صدر مرسوم بتعيينه في وظيفة قاض ، وان كان العمل مما يصدر من كاتب الجلسة ، فيجب أن يكون صدر العمل له هذه الصفة .

2- أما الصلاحية الخاصة فيقصد بها أن يكون مصدر العمل صالحا استعمال وظيفته في الحالة المعينة وهذه الصلاحية الخاصة هى الأخرى ذات جانبين : جانب موضوعي وعندئذ تسمى بالاختصاص ، وجانب شخصي يتعلق بشخص الموظف .

فبالنسبة لاختصاص يجب أن يكون القاضي مختصا بالعمل الذي يقوم به . وينظم المشرع الاختصاص بالنسبة لنوع وقيمة الدعوى وبالنسبة لمحل المحكمة .

أما ما يتعلق بشخص الموظف :

فقد أوجب المشرع أن يكون القائم بالعمل صالحا صاحية شخصية بالإضافة إلى الصلاحية العامة بمعنى أن القاضي مثلا في قيامه بعمله يجب ألا تكون له فيه مصلحة مادية أو أدبية وذلك حتى لا يحيد عن واجب النزاهة المفروض عليه ، وتطبيقا لهذا نظم القانون أسباب عدم صلاحية القاضي .

فتنص المادة 146 مرافعات على أن " يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها ولو لم يرده احد الخصوم فى الأحوال الآتية :

إذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة .

إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع احد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته.

إذا كان وكيلا لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية أو وصيا عليه أو قيما أو مظنونى وارثته له ، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصي احد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصمة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصحة شخصية في الدعوى .

إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلا عنه أو وصيا أو قيما عليه مصلحة في الدعوى القائمة .

إذا كان قد أفتى أو ترافع عن احد الخصوم في الدعوى ، أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء ، أو كان قد سبق له نظرها قاضيا أو خبيرا أو محكما أو كان قد أدى شهادة فيها .

لا يعتبر سببا عدم الصلاحية مجرد حضور القاضي الجلسة التي تداولت فيها الدعوى أمام محكمة أول درجة فلا يمنعه ذلك من نظر الاستئناف الذي يرفع عن الحكم الذي لم يشترك في إصداره (1989/5/18 طعن 2084 لسنة56 قضائية – 1982/3/16 طعن 4 لسنة 1951 قضائية أحوال شخصية – 1979/3/14 – م نقض م – 30 العدد الأول – 798) لا يمنع عليه الاشتراك في الفصل في هذا الاستئناف ولو كان قد أصدر في الدعوى أمام محكمة أول درجة حكما تمهيديا بإحالة الدعوى إلى التحقيق (1988/5/29 طعن 841 لسنة 55 قضائية – 1979/3/14 – م نقض م – 30 العدد الأول – 798 – 1979/1/16 – م نقض م – 30 العدد الأول – 224) أو بندب خبير (1984/2/29 طعن 1028 لسنة 47 قضائية) أو الاستجواب (1985/3/4 طعن 2267 لسنة 53 قضائية) مادام الحكم التمهيدي لم يتضمن القطع بإبداء الرأى (قارن نقض 1983/3/29 طعن 1369 لسنة 49 قضائية الذي اعتبر مجرد إصدار القاضي الحكم في الدعوى ولو كان بإجراء من إجراءات الإثبات مانعا من اشتراكه في نظر الاستئناف الذي يرفع عن الحكم المنهي للخصومة الذي يصدر في الدعوى و لم يشترك في إصدار هذا احكم الأخير أخذا بظاهر عبارات النص) . واشتراك القاضي في الفصل في استئناف مرفوع من بعض المحكوم عليهم لا يمنعه من نظر الاستئناف المرفوع عن الحكم نفسه من غيرهم (1941/4/4 – م ق م – 2- 675) وأصدر حكما بإعادة وضع اليد على عين النزاع لبطلان التنفيذ ،

لا يمنعه من نظر الدعوى التي ترفع بالتعويض عن هذا التنفيذ الباطل (1976/6/1 – م نقض م – 27- 1247 وفصله في دعوى الطاعة أو الفقه لا يمنعه من افصل في دعوى التطليق للضرر (1979/3/14 – م نقض م – 30 العدد الأول – 798 – 1972/5/24 – م نقض م – 23 – 1003) وفصله في إشكال في التنفيذ أو إصداره قرارات وقتية في شأنه لا يمنعه من الفصل في إشكال لاحق (1990/1/18 طعن 2335 لسنة 51 قضائية) وإصداره حكما مستعجلا في النزاع لا يمنعه من نظر الدعوى الموضوعية المرفوعة بشأنه (1966/2/14 – م نقض م – 17- 1900) ورفضه إصدار أمر أداء بأقساط مقابل الانتفاع ، لا يمنعه من الفصل في دعوى الطرد لعدم سداد الأجرة المرددة بين نفس الخصوم (1989/5/14 في الطعن 1916 لسنة 54 قضائية) والاشتراك في الفصل في الاستئناف المرفوع عن وصف النفاذ لا يمنعه من الاشتراك في الفصل في الاستئناف المرفوع عن الحكم الصادر في الموضوع (1957/1/10 – م نقض م – 8 – 15) وإصدار رئيس المحكمة قرارا بندب احد القضاة لنظر طلب الرد لا يمنعه من الاشتراك في الفصل في الدعوى 1962/5/23 – م نقض م – 13- 622) وتضمينه حكمه الإهابة بالمشروع لمعالجة النصوص القانونية المنظمة لطلب الرد لا يعد إفصاحا عن عقيدته (1989/1/19 طعن 1389 لسنة 53 قضائية) كما لا يتوافر عدم الصلاحية يبحث القاضي مدى توافر مقومات الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي في الدعوى السابقة (1989/3/16 طعن 2048 لسنة 54 قضائية) وإثباته في دعوى مدنية وجود تصليح ظاهر في احد المستندات لا يمنعه من نظر الدعوى الجنائية التي ترفع عن تزوير هذا المستند (نقض جنائي 1942/5/4 – م ق ج – 11- 902) وإذا كان القاضي عند تحقيقه في دعوى حسبية عاصر التركة توصلا لتحديد أموال القصر قد عرضت له واقعة سرقة هذه الأموال فأحالها إلى النيابة دون أن يحقق الواقعة فان ذلك لا يمنعه من نظر دعوى السرقة (نقض جنائي 1946/4/14 – م نقض ج – 684) كما أن لفت القاضي نظر احد الخصوم لتصحيح طلباته لا يعد سببا لعدم صلاحيته للفصل في الدعوى (الشرقاوى بند 105) أو أن يكون كل ما قام به إبان عمله في النيابة إعادة المحضر للشرطة استكمال تحققه (1985/4/18 طعن 793 سنة 52 قضائية)

كما أن اتخاذ القاضي إجراء متعلقا بتنظيم إجراءات الخصومة لا يكشف عن اتجاه معين في موضوعها لا يفقده صلاحية نظر الاستئناف المقام عن الحكم الصادر فيها من قاض آخر (1989/5/18 طعن 2081 سنة 56 قضائية) وإصداره قرارا بإعادة الدعوى للمرافعة وضم ملف جنحة للفصل في الدفع بعدم جواز نظر الدعوى السابقة الفص فيها لا يجعله غير صالح لنظر الاستئناف الذي يرفع عن الحكم الذي يصدر في الدعوى 1991/3/28 طعن 2358 سنة 55 قضائية)

ولكن القاضي يفقد صلاحيته إذا كان سبق له أن باشر تحقيقا في الدعوى بصفته وكيلا للنيابة او قاضيا للتحقيق مهما كان ضئيلا ولو لم يبد راية فيه (نقض جنائي 1933/1/16 – م ق م – 5 – 94) كما أن إصداره حكما في الدعوى ولو كان غيابيا يمنعه من نظر استئناف (نقض جنائي 1947/12/29 – م ق ج – 16- 969 – 1983/12/20 طعن 351 لسنة 53ق) واشتراكه في إصدار حكم برفض الدفع بعدم جواز الطعن بالتزوير ويجوازه يجعله غير صالح لاشتراك في نظر الاستئناف الذي يرفع عن الحكم المنهي للخصومة الذي يصدر في الدعوى ذاتها ولو لم يشترك في إصداره (1979/5/28 – م نقض م – 30 اعدد الثاني – 464) واشتراكه في إصدار حكم تضمنت أسباب عدم الاطمئنان إلى احد العقود يجعله غير صالح لنظر الدعوى التي ترفع بصحة ونفاذ هذا العقد (1979/6/20 – م نقض م – 30 العدد الثاني – 718) واشتراكه في إصدار الحكم المنقوض يمنعه من الاشتراك في الدائرة التي تحال إليها الدعوى (نقض جنائي 1933/9/19 – م ق ج – 5- 95) والاشتراك في إصدار حكم قضى بقبو تدخل احد الخصوم وندب خبير لتحقيق ادعائه المتعلق بملكيته عين النزاع بوضع اليد المدة الطويلة يمنعه من الاشتراك في نظر الاستئناف المرفوع عن الحكم الذي يصدر في الدعوى من هيئة مغايرة (1985/1/29 طعن 65 سنة 50 قضائية) واشتراكه في إصدار حكم سابق قضى بعدم ثبوت ملكية احد الخصوم لعقار النزاع يجعله غير صالح للاشتراك في إصدار حكم في دعوى تالية يقوم دفاع هذا الخصم فيها على أساس ملكيته لذات العقار (1979/6/20 طعن 2246 سنة 57 قضائية) واشتراكه في إصدار حكم قضى بندب خبير لمعاينة أطيان النزاع وبيان نصيب احد الخصوم فيها وقيمته وسند ملكيته له يجعله غير صالح لنظر الاستئناف الذي يرفع عن الحكم الذي يصدر في الدعوى ولو م يشترك في إصداره (1983/3/29 طعن 1369 سنة 49 قضائية – م نقض م – 34 – 857)

واشتراكه في حكم قضى بإعادة المأمورية إلى الخبير السابق ندبه لتطبيق مستندات الطرفين على الطبيعة وفحص اعتراضات احد الخصوم يجعله غير صالح لنظر الاستئناف الذي يرفع عن احكم الذي يصدر في الدعوى ولو لم يشترك في إصداره (1983/12/20 طعن 351 سنة 53ق) ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بان مجرد اشتراك القاضي في إصدار حكم بندب خبير لا يفقده صلاحية نظر الاستئناف الذي يرفع عن حكم الذي يصدر في الدعوى متى كان الحكم قد خلا مما يشف عن رأى المحكمة في موضوع النزاع (1979/1/16 – م نقض م- 30 العدد الأول – 324 وبنفس المعنى في 1984/2/29 طعن 1028 سنة 47ق)

ولا يعتبر سببا لعدم الصلاحية أن يكون القاضي قد أبدى رأيا علميا في مؤلف أو بحث أو في قضية مماثلة أو إصدار عدة أحكام اتخذ بصددها وجهة نظر معينة أو أبدى الرأى في مذكرة قدمها أو دفاع أبداه عندما كان محاميا ، إذ يشترط أن يكون إبداؤه للراى في شك نصيحة أو فتوى في ذات القضية المطروحة عليه ولا يكفى فى هذه الحالة مجرد إبداء رأى بسيط بشأن النزاع مثل لفت نظر الخصم إلى تعديل طلباته طبقا لما اشد به محاميه دون أن يبين له الخطة التي يتبعها في ذلك . (محمد حامد فهمى فى المرافعات ص 589 وهامشها)

وليس من الضروري لقيام عدم الصلاحية بسبب سبق أداء الشهادة أن تكون شهادة القاضي قد وردت على ذات الخصومة المطروحة أمامه ، وإنما يكفى أن يكون قد شهد في خصومة أخرى تعتبر الخصومة الحالية استمرار لها أو أن تكون مرتبطة بها ارتباطا وثيقا وكن لا يكفى أن يكون القاضي قد اكتفى في شهادته بأنه لا يعرف شيئا أو إذا كان قد أعلن للشهادة بقصد منعه من نظر الدعوى أو إذا كان الخصوم قد انتووا دعوته شاهدا فيها . (العشماوى ص 152 – الشرقاوى بند 104 ، محمد كمال عبد العزيز مرجع سابق)

ويترتب على قيام سبب من أسباب عدم الصلاحية في القاضي بطلان عمله (مادة 147) ، كما يترتب البطلان على عدم صلاحية المحضرين والكنية وغيرهم من أعوان القاضي (مادة 26) . (فتحي والى مرجع سابق)

ويراعى إذا نص القانون على عدد معين من القضاة أو المستشارين لإصدار حكم معين و صدر حكم من محكمة الاستئناف مثلا فإنه يجب أن يصدر من ثلاثة مستشارين ، فإذا صدر من اثنين فقط فإن هذا الحكم يكون باطلا رغم توافر الصلاحية العامة والاختصاص لدى كل منهما . إنما يكون باطلا لعدم صلاحية المستشارين الاثنين لإصدار مثل هذا الحكم .

كذلك الأمر إذا صدر الحكم من غير الأغلبية التي ينظمها القانون للإصدار الأحكام . (انظر 169 مرافعات مصري)

ويجب أن يكون القضاة مصدر الحكم هم نفس القضاة الذين اشتركوا في سماع القضية (مادة 167 مرافعات مصرى) فإذا سمع المرافعات في القضية قضاة غير الذين تداولوا وأصدروا الحكم ، فان الحكم يكون باطلا لا لعيب في الصلاحية العامة (السلطة القضائية) أو في الاختصاص ، ولا لعيب شكلي ، وإنما لعيب يتعلق بالجانب الشخصي من الصاحية الخاصة . (فتحى والى مرجع سابق)

وتنص المادة 147 مرافعات على أن " يقع باطلا عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم باتفاق الخصوم " .

وإذا وقع هذا البطلان في حكم صدر من محكمة النقض جاز للخصم إن طلب منها إلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى .

2- الخصوم :

يجب أن يكون الخصم القائم بالعمل الاجرائى صالحا للقيام به ، والصلاحية هنا أيضا ذا شقين : صلاحية عامة وصلاحية خاصة .

ويدخل في نطاق الصاحية العامة للخصوم كل من :

أهلية الاختصام :

ويعتبر أهلا لان يكون خصما كل من له أهلية الوجوب ، وفى القانون الحديث كل إنسان حى ، كذلك الأشخاص المعنوية ذات الشخصية القانونية .

الأهلية الإجرائية :

يقصد بها صاحية الشخص للقيام بعمل اجرائى باسمه (أى فى مصلحته) أو في مصلحة الآخرين . وهى تقابل أهلية الأداء .

إلا أن البعض يرى بأنه ليس هناك تطابق تام بين أهلية الأداء والأهلية الإجرائية ، فقد يكون للشخص الأهلية الإجرائية في بعض الحالات دون أن تكون لدية أهلية الأداء ، ويضرب مثلا لهذا المحجور عليه لا تتوافر لديه أهلية الأداء ، ومع هذا يكون أهلا أهلية إجرائية بالنسبة لقضايا الزواج .

والشخص الذي لديه الأهلية ليكون خصما ولا تتوافر عنده الأهمية الإجرائية ، يقوم غيره (الولى - الوصى - القيم) بتمثيله في الخصومة والأشخاص المعنويون الذين لديهم الشخصية القانونية وبالتالي أهلية الاختصام يقوم بتمثيلهم من ينوب عنهم قانونا بحكم القانون أو بحكم نظام الشخص المعنوي .

وعدم توافر الأهلية في شخص العمل وفيمن يبغ إليه العمل يترتب عليه بطلان وبالتالي فانه إذا كان الخصم الآخر لا تتوافر فيه الأهلية أو التمثيل القانوني ، فإن العمل الاجرائى الذي يقوم به الخصم الأول يكون باطلا ولو كان هذا الخصم قد توافرت فيه كل هذه الشروط ، وهنا يبطل العمل ولو أن من صدر منه أهل للقيام به ، وحكمه هذه القاعدة حماية ناقص الأهلية الذي يعلن بعمل اجرائى يؤثر في مصالحه وهو في وضع لا يتمكن فيه من الدفاع عنها .

إلا أن القاعدة ليست مطلقة فلا تسرى حيث لا يحتاج الخصم الآخر إلى هذه الحماية . ولهذا فإنه إذا كان العمل الاجرائى متمخضا لمصلحة الخصم الآخر ، فلا تشترط الأهلية (أو التمثيل القانوني) إلا فيمن أصدر العمل . ومثال هذا الإقرار القضائي ، فإذا لم تتوافر الأهلية أو التمثيل في المقر له ، فإن هذا العيب لا يؤثر في صحة الإقرار . ويكون العمل صحيحا لان المقر ليس له التمسك بنقص أهلية المقر له ، وهذا الأخير ليس له ذلك أيضا لان الإقرار لصالحه .

التمثيل الفني والنشاط الاجرائى :

فالقانون قد أوجب في بعض الأعمال الإجرائية الاستعانة بشخص قانوني وهو في مصر - المحامى وذلك ليقوم بمساعدة الخصم من الناحية الفنية والقانونية فنجد المادة 58 من القانون رقم 17 لسنة 1983 الخاص بالمحاماة تنص على انه " لا يجوز في غير المواد الجنائية التقرير بالطعن أمام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا إلا من المحامين المقررين لديها سواء كان ذلك في أنفسهم أو بالوكالة عن الغير.

كما لا يجوز تقديم صحف الاستئناف أو تقديم صحف الدعوى أمام محكمة القضاء الإداري إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها .

وكذلك لا يجوز تقديم صحف الدعاوى وطلبات أوامر الأداء للمحاكم الابتدائية والإدارية إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها على الأقل .

وكذلك لا يجوز تقديم صحف الدعاوى أو طلبات أوامر الأداء للمحاكم الجزئية إلا إذا كانت موقعه من أحد المحامين المشتغلين وذلك متى بلغت أو جاوزت قيمة الدعوى أو أمر الأداء خمسين جنيها .

ويقع باطلا كل إجراء يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة .

فيتبين إذن أن المادة 5/58 محاماة ترتب جزاء البطلان في جميع الأحوال التي لا تتضمن فيها صحيفة الدعوى أو الطعن توقيع محام ، بينما يوحى ظاهر نص المادة 41 محاماة المتعلقة بالمحامين المقررين أمام محكمة النقض والتشكيلات القضائية التي تعادها أن الجزاء هو عدم القبول : " .... وإلا حكم بعدم قبول الطعن " . ويعود عدم الاتساق الى اختلاف النظام القانوني لكل من البطلان والدفع بعدم القبول .

ولقد كانت نصوص مجموعة المرافعات قبل تعديلها بالقانون رقم 13 لسنة 1973 ترجح جزاء البطلان بالنسبة للطعن بالنقض الذي لا توقع صحيفته من محام مقرر أمام محكمة النقض (المادة 253) إلا أن المشرع بالتعديل التشريعي الذي تم بالقانون رقم 13 لسنة 1973 قد نحى نحو اعتماد عدم القبول كجزاء على مخالفة هذا الشرط . فطبقا للمادة 263 مرافعات بعد تعديها بالقانون المذكور سوى المشرع بين سقوط الطعن وبطلان إجراءاته وإقامته على غير الأسباب المبينة في المادتين 248 ، 249 حيث أوجب على محكمة النقض أن تأمر في جميع هذه الأحوال بعدم القبول . (راجع في هذه القواعد : أحمد ماهر زغلول – الدفاع المعاون – جـ2 – ط1 (1986) ص 210 والهوامش الملحقة بها)

أما الصلاحية الخاصة (الصفة الإجرائية) :

يقصد بالصلاحية الخاصة ، صلاحية الخصم للقيام بعمل قانوني معين في الخصومة . ويطلق على هذه الصلاحية الخاصة عادة اصطلاح . (الصفة الإجرائية)

ولا يكون للخصم سلطة القيام بأى عمل إجرائي ما لم يكن القانون قد خوله سلطة القيام بالعم المعين الذي يريد أن يقوم به فمثلا إذا كانت المطالبة القضائية باطلة ، فليس للمدعى عليه أن يدفع بالبطلان إلا إذا كان له هذا الحق فإذا لم يكن البطلان مقررا لمصلحته فإن دفعه يكون باطلا لأنه ليس له صفة للدفع بالبطلان . مثال آخر : إذا صدر حكم لمصلحة شخص ، فليس له الحق في الطعن فيه فإذا قدم طعنا ضد هذا الحكم ، فإن يكون باطلا لانعدام صفته في الطعن في الحكم والأمثلة كثيرة على أعمال إجرائية لا يكفى للقيام بها توافر الأهلية ، بل يجب توافر سلطة إجرائية خاصة بالنسبة لها .

والصفة ليست سوى تعبير عن الجانب الشخصي من المصلحة ، ولهذا فإنه في الأمثلة السابقة يمكن القول إن العمل الإجرائي يكون باطلا لانعدام المصلحة والمصلحة التي نقصدها هنا هى المصلحة الإجرائية ، فهى مصلحة قانونية تكون مضمون سلطة إجرائية معينة . ويمكن القول إذا – في الأمثلة السابقة – أن المصلحة الإجرائية في تقديم مطالبة قضائية أى المصلحة في بدء خصومة تتوافر لكل شخص لدية الأهلية . ولهذا فإن مشكلة المصلحة الإجرائية لا تثور بالنسبة للمطالبة القضائية . وعلى العكس تبدو المشكلة واضحة بالنسبة للأعمال الإجرائية اللاحقة . فالخصم الذي ليس له الحق في الدفع يبطلان عمل إجرائي في الخصومة ، ليس له مصلحة قانونية ولهذا فإن دفعه يكون باطلا . والمحكوم له ليس له سلطة الطعن في الحكم ، أى ليس له مصلحة قانونية . فالكلام عن الصفة يغنى عن الكلام عن المصلحة القانونية ، والعكس صحيح .(فتحى والى ص 442 ، مرجع سابق)

ويترتب على انعدام الصفة الإجرائية بطلان الإجراءات :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " بطلان الإجراءات المبنى على انعدام صفة أحد الخصوم في الدعوى لا شأن له – وعلى ما جرى به – قضاء هذه المحكمة بالنظام العام وإذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة (الشركة) له تتمسك أمام محكمة الموضوع بانعدام صفة من اختصم في الدعوى ممثلا لها – باعتباره مديرا للشركة ولم يختصم رئيس مجلس الإدارة – فإنه لا يجوز لها أثاره هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض (1979/1/10 طعن 666 سنة 45 قضائية – م نقض م – 30 العدد الأول – 152 – 1978/12/19 طعن 1044 سنة 37 قضائية – م نقض م – 29 – 1956 – 1979/1/24 طعن 203 – سنة 44 قضائية – م نقض م – 30 العدد الأول – 338)

3- أعمال الغير :

ومثال الغير الذي يقوم بعمل إجرائي : الخبراء والشهود .

صلاحية الغير :

يجب أن تتوافر صلاحية معينة فيهم – فالخبير – فقد اشترط المشرع أن يكون الجدول ولا يعتبر صالحا لأداء الخبر إلا بعد حلف اليمين أمام قاضى الأمور الوقتية (المادة 139 من قانون الإثبات) فإذا قام بعمله بغير حلف اليمين اعتبر عمله باطلا.

وقد أورد المشرع حالات رد الخبير في (المادة 141 إثبات) ويترتب عن الحكم برد الخبير أن يمنع من القيام بمهمته ، فإذا قام بالعمل أو صدر الحكم برده بعد قيامه بالعمل (ويمكن تصور هذا إذا كان سبب الرد لم يعلم به الخصم إلا بعد قيام الخبير بعمله ، إذ يجوز في هذه الحالة تقديم طلب الرد بعد الميعاد القانوني – المواد 143 ، 144 إثبات) فإن عمل الخبير يعتبر باطلا .

أما الشاهد :

فيشترط القانون المصري أن يكون الشاهد قد بلغ الخامسة عشرة من عمره وأن يحلف يمينا أمام المحكمة . فإذا لم يكن قد بلغ الخامسة عشرة فإنه يعفى من هذا اليمين على أنه ليس له أن يشهد إلا على سبيل الاستدلال (المادة 64 من قانون الإثبات)

أما إذا قد بلغ الخامسة عشرة ولم يحلف اليمين ، أو لم يكن قد بلغ الخامسة عشرة ولو كان قد حلف اليمين ، فإنه يعتبر غير صالح لأداء الشهادة .

كذلك يمنع القانون الشاهد من أداء الشهادة في بعض الأحوال : (أنظر المواد 65 – 67 من قانون الإثبات) فإذا أدى الشاهد الشاهدة مخالفا هذا المنع ، كانت الشهادة باطلة لعدم صلاحية الشاهد لأداء الشهادة فى هذه الأحوال (فتحي والى ، مرجع سابق)

ثانيا : إرادية العمل الإجرائي

وجود الإرادة يعتبر مقتضيا من مقتضيات العمل الإجرائي باعتباره عملا قانونيا ولهذا فإن العمل الاجرائى باطلا إذا صدر من طفل غير مميز أو مجنون أو سكران أو من ذاهل لا يعي ما يقول .

والواقع أن القانون يحيط العمل الإجرائي بإشكال تجعل من المفروض وجود الإرادة إذا احترمت ، فمثلا يتطلب المشرع كشرط للأعمال المكتوبة إمضاءها ممن صدرت منه . أو القيام بها في مجلس القضاء تحت إشراف القاضي إذا كانت شفوية . وبعيد عن الظن أن تتم هذه الأعمال مراعى فيها هذا الشرط الشكلي دون أن تكون إرادية .

من حالات انعدام الإرادة :

الغلط المانع :

من الحالات التي تنعدم فيها الإرادة حالة الغلط المانع عن انعقادها ، وهو غلط يؤدى إلى عدم التطابق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة لكنه عدم تطابقه غير مقصود . (رمضان جمال كامل ، نظرية البطلان ص313 جزء أول)

وقد يكون عدم التطابق مقصوداً ، ويكون ذلك في حالتى التحفظ الذهني والصورية : ويوجد تحفظ ذهني " إذا أعلن الشخص – قاصدا – خلاف ما يريد ، وهو يرمى من هذا عادة إلى إيقاع المعلن غليه في غلط . أما الصورية فهى توجد عندما يعلم الطرفان إرادة ظاهرة تختلف عن إرادتهما بقصد إيقاع الغير في غلط .

ويرى الفقه عموما أنه ليس للتحفظ الذهني أو الصورية أثر في صحة العمل الإجرائي . وإذا كان وجود تحفظ ذهني أو صورية يدل على عدم وجود إرادة حقيقية ، فإنه يجب تغليب الاعتبارات المتصلة بالنظام العام والتي تدعو إلى وجوب إنهاء النزاع ووصول الخصومة إلى نهايتها الطبيعية وهذا يؤخذ هنا بالإرادة الظاهرة .

وتدخل أيضا عدم الجدية في موضوع التطابق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة أى في موضوع وجود الإرادة : الهزل أو عدم الجدية .

وحالة الهزل أو المزاح "Causa ludendi" إذا كانت نادرة في التصرفات القانونية في القانون الخاص ، فإنه من الصعب تصورها في القانون الإجرائي حيث تصدر أعمال الإجرائية من موظفين أو من فنيين أو تتم أمامهم ، ومفروض فيهم الجدية في العمل.

عيوب الإرادة :

القاعدة أن عيوب الإرادة هى الغلط والتدليس والإكراه ولا يعتد بها إلا في التصرفات القانونية .

الغلـــط :

والغلط التي عيب الإرادة هو من جهة غلط يقع في تكوين الإرادة لا في نقلها أو في تفسيرها وهو من جهة أخرى لا يعدم الإرادة ولا يختلط بوجودها ذاته كما هو الأمر في الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

والغلط الذي يعيب الإرادة يجب أن يكون : أولا : غلطا جوهريا واقعا على غير أركان العقد ، ثانيا : غلطا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به المتعاقد الآخر. (عبد الحميد الشواربى ص1924 ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " يجوز القضاء ببطلان العقد إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه كان واقعا في غلط تم أثبته أنه لولا هذا الغلط لما أقدم على التعاقد ويجوز مع القضاء ببطلان العقد أن يحكم بالتعويض إذا ترتب عليه أضراراً بأحد المتعاقدين ويكون ذلك لا على اعتبار أنه عقد بل باعتباره واقعة مادية متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية في جانب المتعاقد الأخر الذي تسبب بخطئه في هذا الإبطال " (نقض جلسة 1970/6/2س21 ص96)

التدليـــس :

التدليس ليس عيبا في ذاته ، بل لما يؤدى إليه من وقوع الشخص المدلس عليه في غلط نتيجة له ، وعند دراسة التدليس كعيب في الإرادة أو كدافع إلى عيب فيها إنما ينظر إلى إرادة المدلس عليه لا إلى إرادة المدلس .

فالعمل الذي يصدر من المدلس قد يكون مشروعا dolus bonus، وقد يكون غير مشروع dolud malus وهو الغالب ، أى يتجه إلى إيقاع ضرر بالطرف الآخر لا يسمح به القانون contra ius على أنه حتى في الحالة الأخيرة ا يعتبر باطلا ، إذا يصدر عن إرادة حرة مختارة صحيحة من الناحيتين الفلسفية والقانونية .

والتدليس لا يكون له أثرا إلا إذا كان غير مشرع ، فإذا كان مشروعا وأدى إلى وقوع الطرف الآخر فى غلط ، كانت إرادة هذا الأخير معيبة للغلط وليس للتدليس . (فتحى والى ص457 ، مرجع سابق)

الإكـــراه :

والإكراه كالتدليس عيبا من عيوب الإرادة فيبطل العقد كما أنه عمل غير مشروع فتترتب عليه المسئولية عن التعويض .

وقد نصت المادة 1/127 مدنى على أنه " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخصه تحت سلطان رهبة بعتها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس .

ومن أمثلة الإكراه :

المدعى الذي يترك الخصومة تحت إكراه من المدعى عليه ، الخصم يقر أمام القضاء تحت تأثير التهديد ، أو الشاهد الذي يشهد أو يكذب في شهادته نتيجة للإكراه ، في مثل هذه الحالات لم يرد الشخص العمل القانوني ، لم يتجه حقيقة إلى الواقعة المادية أو إلى مظهر العمل ، وإنما أجبر على هذا – ولهذا لا يمكن القول بوجود الإدارية ، وهو ما يؤدى إلى القول ببطلان العمل الإجرائي .

ثالثا : محل العمل

ومحل العمل قد يعنى الشئ الذي يرد عليه العمل وبهذا يعتبر المحل مفترضا لصحة العمل .

وقد يعنى محل العمل مضمون العمل فيكون بهذا المعنى عنصراً من عناصر العمل الإجرائي .

المحل كمفترض للعمل الإجرائي :

بهذا المعنى ا يعتبر المحل داخلا في تكوين العمل ، ولكن يفترض العم وجوده حتى يمكنه إنتاج آثاره القانونية كاملة .

ويشترط في المحل كمفترض لعمل الإجرائي :

أن يكون موجودا ومعينا أو قابل للتعيين :

فالأمر الذي يصدره القاضي بإحضار شاهد يجب أن ينصب على شاهد موجود ومعين أو على الأقل قابل لتعيين بغير صعوبة . والأمر الذي يصدر بتقديم مستند يجب أن يحدد تماما هذا المستند .

أن يكون قابلا للتعامل فيه :

ويقصد بهذا الشرط هنا إمكان أن يكون الشئ محلا للعمل الإجرائي من الناحية القانونية .

المحل كعنصر فى العمل الإجرائي :

يقصد بالمحل هنا موضوع العمل ، أى الشئ quid الذي يكون مضمون العمل ، وهو أمر يختلف باختلاف الأعمال الإجرائية .

ففي الطلبات يعتبر محا للطلب ما يطلب ، وفى الإعلانات الإخبارية يعتبر محلا للإعلان الأخبار بشئ ، ويعتبر محلا للحكم ما يتضمنه من قرار . ويشترط فى المحل بهذا المعنى .

أن يكون موجودا ومعينا :

فالشخص يجب أن يطلب تحقيق رغبة معينة ، أى يجب أن يكون لطلبه موضوعا معينا . والحكم يجب أن يتضمن القضاء بشئ معين .

قابلية المحل للتعامل فيه :

فالعمل الإجرائي يجب ألا يكون محظور التعامل فيه .

أن يكون المحل ممكنا :

وتظهر أهمية هذا الشرط بالنسبة للأحكام : فبالنسبة للأعمال الإجرائية الأخرى ، تحل المشكلة بالنظر إلى وجود الحق في الدعوى أو بالنظر إلى وجود سلطة إجرائية .

فيشترط في محل العمل الإجرائي أن يكون ممكنا ، فإذا كان المحل الإجرائي مستحيل استحالة مطلقة مادية أو قانونية فإنه يكون المحل المنعدم سواء بسواء .

أنـــواع البطـــلان

أنــواع البطــــلان

يقسم البطلان الى

بطلان مطلق

– أى من النظام العام ، وبطلان نسبى ويبدى الأول فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، ويجوز كل خصم أن يتمسك به ، وعلى المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها .

البطلان النسبى

فلا يبدى إلا قبل التكلم فى الموضوع ، ومن جانب صاحب المصحة فقط ، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها . (عبد الحميد الشواربى ص446 مرجع سابق)

ومن الفروق بين البطلان المطلق والبطلان النسبة ما يلى :

فى البطلان المطلق يعتبر العمل باطلا أصلا ولا حاجة إلى طلب بطلانه كما أنه لا حاجة إلى الحكم بالبطلان ، وإذا اقتضت الضرورة العملية طلب الحكم بالبطلان ، فإن القاضى يقتصر على مجرد تقرير البطلان ، أما فى البطلان النسبى فالعمل صحيح منتج لآثاره حتى يحكم ببطلانه ، والقاضى بحكمه ينشئ البطلان فعمله ليس مجرد تقرير .

البطلان المطلق لا يقبل التصحيح . أما البطلان النسبي فيصحح بالإجازة أو مضى المدة .

فى البطلان المطلق يكون لكل ذى مصلحة التمسك بالبطلان ، أما فى البطلان النسبة فيكون التمسك بالبطلان فقط لمن تقرر البطلان لمصلحته . (فتحى والى مرجع سابق)

إلا أن فكرة تقسيم البطلان إلى بطلان مطلق وبطلان نسبى لا تستقيم بالنسبة لبطلان العمل الإجرائى .

فبطلان العمل الإجرائى – ولو تعلق بالنظام العام – لا يؤثر فى قيام العمل بوظيفته فى الخصومة ، ويبقى كذلك حتى يقضى ببطلانه .

ولهذا فإنه يمكن القول إن بطلان العمل الإجرائى – من هذه الناحية – يعتبر بطلانا نسبيا . ولعل من أدق القول إن التقسيم إلى بطلان مطلق وبطلان نسبى ليس له من هذه الناحية أية فائدة .

وإذا كان البطلان المطلق لا يقبل التصحيح ، فإن بطلان العمل الإجرائى – ولو تعلق بالنظام العام – يقبل التصحيح بحجية الشئ المحكوم فيه . فلا يمكن إذا وصف بطلان العمل الإجرائى المتعلق بالنظام العام بالبطلان المطلق .

لذا فالمشرع المصرى فى قانون المرافعات لم يستعمل قط تعبير بطلان مطلق وبطلان نسبى ، وإنما لجأ إلى وصف بطلان يتعلق بالنظام العام . (فتحى والى ، مرجع سابق)

فكرة النظام العام :

وفكرة النظام العام تلعب دوراً جوهريا فى نطاق العالم القانونى فقواعد القانون الآمرة فى غالبيتها تتعلق بالنظام العام ، وحتى القواعد الآمرة التى لا تتعلق بالنظام العام مباشرة تنتهى بالوصول إليه .

وقانون المرافعات زاخر بالقواعد الآمرة التى تتعلق بالنظام العام ، مثل طرق الطعن فى الأحكام ورسمية الأوراق الإجرائية .

ومن جهة أخرى تتميز قواعد قانون المرافعات غير المتعلقة بالنظام العام بأنها قواعد أمرة ، ومظهر ذلك أن قواعد الإجراءات ملزمة للخصوم حتى ولو اتفقوا على مخالفتها ، فهى تحمى مصالح قانونية خاصة .

فالقواعد الإجرائية ، إذا تعلقت بالنظام العام فمعنى ذلك أن المشرع قرر بالنص أنها تعلقت بالنظام العام . فمعنى ذلك أن المشرع قرر بالنص أنها تعلقت بالنظام العام ، فمعنى ذلك أن المشرع قرر بالنص أنها تستجيب إلى الغايات العليا التى تصبو إليها الجماعة . ولا يشترط أن يوجد نص مكتوب يد على أ، هذه القاعدة الإجرائية أو تلك تتعلق بالنظام العام ، بل يكفى أن يكون التكليف الوارد بهذه القاعدة يمس المصالح الأساسية للجماعة لكى تعتبر القاعدة الإجرائية متعلقة بالنظام العام .

وحين تتعلق القاعدة الإجرائية بالنظام العام تتولد مجموعة من الآثار ، منها أنه لا يجوز اتفاق الخصوم على مخالفتها ، ويمكن التمسك بها فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، ويجوز للقاضى ولكل ذى مصلحة التمسك بها ، كما تكون مطروحة على المحكمة بقوة القانون دون حاجة لأن يتمسك بها الخصوم طالما أن الوقائع والأعمال القانونية اللازم لتطبيقها قد طرحت على القاضى بمعرفة الخصوم .

وإذا كانت القاعدة الإجرائية ، متعلقة بالنظام العام ، فإذا كان هناك عيوب فإنها تتعلق أيضا بالنظام العام ، وبالتالى يستطيع القاضى إثارتها من تلقاء نفسه وأعمال الجزاء الإجرائى أيضا من تلقاء نفسه ، وذلك يؤدى إى كفالة احترام هذه القواعد .

ومثال ذلك ، طعن بالاستئناف رفع بصحيفة باطلة لعدم توقيع محام عليها ، فهذا عيب متعلق بالنظام العام وبالتالى يتعين على المحكمة أثارته من تلقاء نفسها والحكم ببطلان الصحيفة .

ويلعب النظام العام دورا هاما أمام محكمة النقض ، فتحديد هذه المحكمة لنظر الطعن هو مسألة متعلقة بالنظام العام ، وتحديد الأحكام التى يجوز الطعن فيها بالنقض هى مسالة تتعلق بالنظام العام .

وكذلك العيوب التى شابت إجراءات الخصومة ، سواء تعلقت بالشكل أو بالمضمون ، إذا تعلقت بالنظام العام جاز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض بشرط أن تكون الوقائع المؤدية إليها قد طرحت بالفعل أمام محكمة الموضوع .

أما إذا لم تتعلق هذه العيوب بالنظام العام ، فلا يجوز لمحكمة النقض أيضا إثارتها من تلقاء نفسها .

فلا يجوز التمسك بها أمام النقض بدفاع لم يسبق إبداؤه أمام محكمة الموضوع ، ولا يجوز التمسك به لعدم صحة تمثيل الوصى للقاصر بعد بلوغه سن الرشد لأول مرة أمام محكمة النقض .

كما أن الدفوع التي سقط حق الخصم فى أدائها أمام محكمة الموضوع ا يجوز إعادة طرحها أمام محكمة النقض لأول مرة .

فإذا طرح أمام القاضى عملاً إجرائيا مصابا بالعيب من العيوب الإجرائية التى تؤدى إلى صيرورته باطلا ، وكان هذا البطلان غير متعلق بالنظام العام ، ولم يتمسك صاحب المصلحة بأعمال الجزاء أمام محاكم الموضوع ، ففى مثل هذه الحالة فإن المستقر عليه هو أن الحق فى التمسك بالبطلان يسقط ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

ولكن إذا كان من المقرر أن القواعد الإجرائية هى قواعد أمرة ، فكان من المفروض أن يتصدى قاضى الموضوع من تلقاء نفسه لكشف هذا العيب وأعمال الجزاء الإجرائى .

حالات البطلان المتعلقة بالنظام العام :

ولم يحاول أى مشرع أن يحدد مقدما ما هى الحالات التى يعتبر فيها البطلان متعلقا بالنظام العام وما هى الحالات التى يعتبر فيها البطلان متعلقا بالنظام العام وما هى الحالات التى يتعلق فيها بالمصلحة الخاصة : وحتى فى الحالات التى ينص فيها المشرع صراحة على البطلان ، فإن الأمر قد يتعلق ببطلان من المصلحة الخاصة .

على أن المشرع قد ينص على تعلق البطلان بالنظام العام ، كأن يقرر أنه يجب على القاضى أن يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه (أنظر مثلا المواد 95 – 405 – 406 من مجموعة المرافعات المصرية الملغاة) ، كما أنه قد ينص على العكس على أن البطلان يزول بنزول من له التمسك به وهو ما يكشف أن البطلان لا يتعلق بالنظام العام ، وفى مثل هذه الحالات لا توجد صعوبة ، إنما تثور الصعوبة فى الحالات التى يسكت فيها المشرع ، وفى مثل هذه الحالات يترك الأمر للقاضى ليحدد فى كل حالة مدى تعلق الأمر بالنظام العام واضعا نصب عينه نوع المصلحة التى يرمى المشرع أي حمايتها بالقاعدة المخالفة . (فتحى والى ص445 ، مرجع سابق)

والتمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام يجوز للنيابة العامة التمسك به سواء كانت طرفا أصليا أو منضما ، كما يجوز ذلك لكل ذى مصلحة حتى ولو كان هو الذى قام بالعمل الباطل ، كما يجوز أن تقضى به من تلقاء نفسها .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " يجوز للمحكمة القضاء بالبطلان المتعلق بالنظام العام (1988/11/10 طعن 168 سنة 55 قضائية) ولكن يلاحظ فى هذه الصدد أن حق المحكمة فى التصدى من تلقاء نفسها عند تقرير بطلان الإجراء المتعلق بالنظام العام دون أن يكون لها التصدى لما قد يترتب على ذلك من آثار إلا إذا كان بدوره متعلقا بالنظام العام ، فإذا كان الإعلان باطلا لعدم توقيع المحضر على ورقة الإعلان كان للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها ببطلانه ، ولكنها لا يكون لها أن تتعرض من تلقاء نفسها لما قد يترتب على ذلك من اعتبار الدعوى كأن لم تكن عملا بالمادة 70 مرافعات لعدم إعلان الصحيفة خلال ثلاثة أشهر من إيداعها قلم الكتاب .

وتعتبر قواعد التنظيم القضائى متعلقة بالنظام العام إذ هى تنظم مرفق عام من مرافق الدولة هو مرفق القضاء . ولهذا فإن الحكم الذى يصدر من محكمة مشكلة تشكيلا غير صحيح أو من شخص ليست لديه السلطة القضائية يكون باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام . ويأخذ نفس الوصف الحكم الذى يخالف نظام التقاضى على درجتين فى غير الحالات التى يحددها القانون .

وتتعلق قواعد الاختصاص الولائى والنوعى بالنظام العام ، فالحكم الصادر من جهة قضائية غير مختصة أو من محكمة غير مختصة أو من محكمة غير مختصة نوعيا أو قيميا يعتبر باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام ، كذلك إذا صدر حكم من قاض فى حالة يعتبر فيها غير صالح لنظر الدعوى . (فتحى والى ، مرجع سابق)

ويراعى أن الحكم الصادر من محكمة غير مختصة اختصاصا نوعيا يحوز حجية الشئ به أمام محاكم الجهة التى أصدرت الحكم بما فى ذلك المحكمة التى كانت مختصة أصلا بنظر النزاع ، كما أن هذا الحكم يحوز الحجية أمام سائر جهات القضاء الأخرى ، وفى هذا يختلف الحكم الصادر من محكمة غير مختصة اختصاصا نوعيا عن الحكم الصادر من جهة قضاء غير مختصة (فى رأى البعض) ، ولقد رؤى أن الاعتبارات التى يقوم عليها مبدأ حجية الشئ المحكوم به تعلو عن تلك التى تقوم عليها قواعد الاختصاص النوعى .

ويعتبر الحكم الذى يخالف قواعد الاختصاص مشوبا بخطأ فى تطبيق القانون ، وإنما لا يعتبر باطلا . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

كذلك يتعلق قواعد الأهلية والتمثيل القانونى بالنظام العام . على أن أثر هذا التعلق يكون بالقدر اللازم لحماية هذا النظام :

فما يهم النظام العام حماية ناقص الأهلية وتطبيق قواعد التمثيل القانوني : ولهذا فإن لناقص الأهلية (أو من لم يمثل تمثيلا قانونيا صحيحا) أن يتمسك بالبطلان وله أن يفعل هذا ولو لأول مرة أمام محكمة النقض . على أن التمسك بالبطلان فى هذه الحالات يكون أيضا للخصم الآخر . فللخصم الآخر أن يتمسك بنقص أهلية خصمه أو عدم تمثيله تمثيلا قانونيا ، فإذا أعلنت صحيفة دعوى من ناقص أهلية مثلا أو من شخص غير ممثل تمثيلا قانونيا صحيحا فإن للمدعى عليه أن يتمسك بالبطلان ، وعلة هذا عدم إلزامه بالاستمرار فى خصومة يؤدى التمسك بالبطلان من المدعى فى أية مرحلة منها إلى بطلان ما تم فيها من أعمال معتمدة على العمل الباطل وعلى القاضى أن يتأكد من تلقاء نفسه من توافر الأهلية الإجرائية فى كل من الخصمين عند بدء الخصومة . وإذا تبين له نقص الأهلية أو التمثيل القانونى فإن له أن يقضى بالبطلان من تلقاء نفسه فى أية حالة كانت عليها الخصومة ولو لأول مرة أمام محكمة النقض .

ويعتبر متعلقا بالنظام العام جميع الأشكال التى ترمى إلى ضمان حسن سير القضاء كمرفق عام .

وجوب أن تكون الجلسة علنية وأن يصدر الحكم علنا فى الجلسة . (فتحى والى ، مرجع سابق)

فالأصل فى الجلسات أن تكون علنية وأن تجرى فيها المرافعة علنا وهى قاعدة أصلية لها أهميتها البالغة لما فيها من ضمان حقوق الدفاع المقدسة ولذلك لم يكتف المشرع بالنص عليها فى المادة 101 مرافعات وإنما ضمنتها كذلك الدساتير المتعاقبة وأخرها نص المادة 169 من الدستور الدائم الصادر عام 1971 ولا يستثنى من ذلك إلا الحالات التى يصرح فيها المشرع بنظر الدعوى فى جلسات سرية كالشأن فى منازعات الأحوال الشخصية أو الضرائب أو أن يستلزم نظرها فى غرفة مشورة إذ تتوافر بذلك السرية كالشأن فى المادتين 871 و 878 مرافعات اللتين أوجبتا نظر دعاوى الأحوال الشخصية للأجانب فى غرفة مشورة وأوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون 126 سنة 1951 الذى أضاف إلى قانون المرافعات الكتاب الرابع الذى تقع ضمنه المادتان المذكورتان أن نظر الدعاوى فى غرفة المشورة تتوافر به السرية الواجبة لتلك المسائل (1978/2/8 طعن 14 سنة 46 قضائية) كما يستثنى – علانية الجلسات والمرافعات الحالات التى تقرر فيها إجراءها سرية محافظة على النظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة لمبررات سائغة تخضع فيها رقابة محكمة الاستئناف ثم لرقابة محكمة النقض ولكن العلانية لا تنافى مع تنظيم الدخول لقاعة الجلسة بما يتناسب مع حجمها أو جعله ببطاقات ، كما لا يتنافى مع عقد الجلسة فى حجرة المداولة مادام بابها مفتوحا على نحو يتيح دخول الكافة فى حدود النظام المقبول .

ويترتب عى مخالفة قاعدة العلانية فى غير الحالات المستثناة بطلان الحكم الذى تصدره فى الدعوى بطلانا من النظام العام لتعلقه بأحد الأسس الجوهرية فى نظام التقاضى ، ولكن قضاء محكمة الاستئناف ببطلان حكم أول درجة لهذا السبب لا يسوغ إعادتها القضية إليها لاستنفاذها ولايتها وإنما يكون عليها أن تصدى للفصل فى موضوع الدعوى (1965/5/5 – م نقض م – 16- 557) وإذا أنشأت محكمة ثانى درجة لنفسها أسبابا مستقلة عن أسباب حكم أو درجة ولم تحل إلى هذه الأسباب فأنه لا يعيب حكمها ما شاب الإجراءات أمام أول درجة (1965/5/5 – م نقض م – 16- 557) . (محمد كمال عبد العزيز ص609 ، مرجع سابق)

كذلك يتعلق حق الدفاع بالنظام العام ولهذا فإن بطلان العمل الإجرائى يتعلق بالنظام العام إذا كانت مخالفة الشك من شأنها عدم تمكين الخصم من تقديم حججه .

ومن المواعيد ما يتعلق بالنظام العام وهذه هى المواعيد التى تتصل بالتنظيم العام للخصومة والمقررة للوصول الى وضع حد للنزاع مما يتعلق بالنظام العام ، ومثالها مواعيد الطعن فى الحكم .

فقد نصت المادة 252 فى قانون المرافعات على أن " ميعاد الطعن بطريق النقض ستون يوما ولا يسرى هذا الميعاد على الطعن الذى يرفعه النائب العام لمصلحة القانون وفقا لحكم المادة 250 "

كما نصت المادة 227 على أن ميعاد الاستئناف أربعون يوما ما لم ينص القانون على غير ذلك ويكون الميعاد خمسة عشر يوما فى المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم ويكون ميعاد الاستئناف ستين يوما بالنسبة للنائب العام أو من يقوم مقامه " .

كذلك نصت المادة 242 من قانون المرافعات على أن " ميعاد الالتماس أربعون يوما ....."

فنلاحظ أن المشرع قد حدد مواعيد حتمية لتقديم الطعون خلالها وتؤدى مخالفة هذه المواعيد إلى بطلان العمل الإجرائى وهو بطلان متعلق بالنظام العام .

ويتعلق كذلك بالنظام العام توقيع مسودة الحكم : فقد نصت المادة 175 من قانون المرافعات على انه " يجب فى جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتملة أسبابه موقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق بالحكم وإلا كان باطلاً ويكون المتسبب فى البطلان ملزما بالتعويضات إن كان لها وجه "

وقد قضت محكمة النقض بأن " البطلان المترتب على عدم التوقيع على المسودة على النحو السالف يتعلق بالنظام العام " (1969/11/19 – م نقض م – 20- 1211)

وتدخل النيابة العامة يتعلق بالنظام العام حيث نصت المادة 88 من قانون المرافعات على أنه " فيما عدا الدعاوى المستعجلة يجب على النيابة العامة أنه تتدخل فى الحالات الآتية وإلا كان الحكم باطلا :

الدعاوى التى يجوز لها أن ترفعها بنفسها .

الطعون والطلبات أمام محكمة النقض ومحكمة تنازع الاختصاص .

كل حالة أخرى ينص القانون على وجوب تدخلها فيها .

ويترتب على عدم تدخل النيابة فى حالات تدخلها الوجوبى سواء كانت طرفا أصليا أو طرفا منضما بطلان الحكم الذى يصدر فى الدعوى بطلانا متعلقا بالنظام العام فيجوز لكل صاحب مصحة أن يتمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض كما يجوز للمحكمة أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها (1968/11/26- م نقض م – 19-1402 – 1971/3/23 – م نقض م – 22- 363 – 1986/1/30 طعن 1758 سنة 52 قضائية – 1983/12/4 طعن 51 سنة 60 قضائية) ويكون لمحكمة النقض أن تقضى به من تلقاء نفسها (1966/12/21 – م نقض م – 17 – 1966) وعلى الرغم من معارضه الطاعن (1968/4/16 – م نقض م – 19- 775)

أما فى حالات التدخل الجوازى والتى عددتها المادة 89 فإنه وإن كان يترتب على عدم تدخلها بطلان الحكم إلا أن البطلان لا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز أن يتمسك به إلا صاحب الشأن ولا تملك المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

كذلك طرق رفع الدعاوى والطعون تتعلق بالنظام العام :

فقد حدد المشرع طريق معين لرفع الدعاوى والطعون يجب الالتزام به والخروج عن مقتضى هذا الطريق يؤدى إلى بطلان الإجراء بطلان مطلق متعلق بالنظام العام .

إصدار الأحكام والنظام العام :

فالمشرع قد وضع ضوابط معينة لإصدار الأحكام يتعين على القضاة الالتزام بهذه الضوابط ومنها :

- عدم المداولة العلنية قبل إصدار احكم . (م 166 مرافعات)
- عدم اشتراك غير القضاة فى المداولة . (م 167 مرافعات)
- تحقيق مبدأ لمواجهة بين الخصوم والمساواة . (م 168 مرافعات)
- أن يكون النطق بالحكم فى جلسة سرية . (م 174 مرافعات)
- اشتمال الحكم على أسبابه عند إيداع المسودة (م176 مرافعات)
- توقيع القضاة على مسودة الحكم عند إيداعه .

- ذكر تاريخ صور الحكم .

وقد قضت محكمة النقض بأن " بطلان الحكم بسبب خلوه من بيان أن القاضى الذى أشترك فى إصدار الحكم وتغيب عن جلسة النطق به قد اشترك فى المداولة ووقع على مسودته المشتملة على منطوقه وأسبابه هو بطلان يتعلق بالنظام العام" (1985/3/7 طعن 2100 سنة 52 ق – 1985/2/20 طعن 1519 سنة 53 ق – 1983/4/19 طعن 747 لسنة 49 ق) وبأنه " اشتراك غير القضاة الذين سمعوا المرافعة فى المداولة أثره بطلان الحكم بطلانا يتعلق بالنظام العام مادة 167 مرافعات الخلاف فى بيان الهيئة التى سمعت المرافعة بين الثابت فى بيانات الحكم وبين الثابت فى محضر الجلسة . أثره . بطلان الحكم " (الطعن رقم 177 لسنة 64ق – أحوال شخصية – جلسة 1996/3/25)

مما تقدم يمكننا أن تخرج بالخصائص المميزة للبطلان المتعلق بالنظام العام .

خصائص البطلان المتعلق بالنظام العام :

يترتب على تعلق البطلان بالنظام العام :

أنه يمكن التمسك به من كل ذى مصلحة ومن القاضى من تلقاء نفسه ومن النيابة العامة .

أن هذا البطلان لا يصحح بالنزول عنه ، كما أنه لا يقبل التصحيح ببعض الوقائع القانونية المصححة مثل التكلم فى الموضوع .

يمكن التمسك به لأول مرة أمام المحكمة الإستئنافية أو محكمة النقض .

أما البطلان الذى لا يتعلق بالنظام العام أو كما يطلق عليه البطلان المتعلق بالمصلحة فمن صورة ما يلى :

بطلان أوراق التكليف بالحضور(1976/6/9 – م نقض م – 27- 1322) والبطلان بسبب عدم الإعلان لقرار إعادة الدعوى للمرافعة (1977/1/12 – م نقض م – 28- 224) وبطلان تقرير الخبير لعدم تحليفه اليمين (1973/2/9 طعن 74 سنة 43 قضائية) والبطلان الناشئ عن عدم بيان الوقائع المراد إثباتها فى منطوق الحكم الصادر بالإحالة إلى التحقيق (1956/3/1 – م نقض م – 7- 226) وبطلان الإعلان لإجرائه فى محل العمل بدلا من الموطن الأصلى (1952/5/15 طعن 525 سنة 21 قضائية – الخمسين عاما المجد الثانى ص 1576 بند 222) وبطلان إعلان صحيفة الإستئناف فى غير موطن المستأنف ضده (1967/1/5 – م نقض م- 18- 92)

أحكـــام النقــض :

المداولة بين القضاة الذين أصدروا الحكم مناطها ، توقيعهم على مسودتهم ، وجوب إيداع مسودة الحكم عند النطق به ، مادة 175 مرافعات ، مقصوده توقيع عضوين فقط من أعضاء الهيئة على مسودة الحكم المستأنف المؤيدة بالحكم المطعون فيه ، أثره ، بطلان الحكم ، تعق هذا البطلان من النظام العام . (الطعن رقم 6541 لسنة 64 ق – جلسة 1996/5/23)

إنه ولئن كان من المقرر طبقا لنص المادة 175 من قانون المرافعات أن الحكم يكون باطلا إذا لم توقع مسودته من الرئيس ومن القضاة الذين اشتركوا فى المداولة عند النطق بالحكم وأن هذا البطلان متعلق بالنظام العام ويجوز التمسك به أمام محكمة النقض وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها إلى أن ذلك مشروط بأن يكون النعى بالبطلان على الحكم الابتدائي مطروحا أمام محكمة الاستئناف . (الطعن رقم 1254 لسنة 68ق – جلسة 1999/11/25)

مفاد المادتين 871، 878 من الكتاب الرابع من قانون المرافعات أن المشرع أوجب نظر الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية لأجانب فى غرفة مشورة ، وقد أفصحت المذكرة الإيضاحية للقانون 126 لسنة 1951 الذى أضاف الكتاب الرابع إلى قانون المرافعات ، بأنه ينظر المحكمة الطلب فى غرفة مشورة تتوافر بذلك السرية الواجبة لمسائل قد تكون أولى المسائل بذلك ، مما مفاده أنه يقصد بغرفة المشورة عقد الجلسة سرية بالنظر لأن قضايا الأحوال الشخصية تدور حول حالة الشخص وأهليته ونظام الأسرة ، وهى كلها مسائل أن تعرض فى أضيق نطاق وألا تلوك الألسن ما يدور فيها ، وذا اقتضت إرادة المشرع وجوب نظرها فى غير علانية ، ولما كان هذا الإجراء يتعلق بنظم التقاضى الأساسية ويتصل بالنظام العام ، فإنه ترتب على مخالفته بطلان الأحكام الصادرة فى هذه الدعاوى ، يؤيد هذا النظر أن الأصل فى الجلسات أن تكون علنية وان تجرى المرافعة فيها علنا ، ولما لهذه القاعدة الأصلية من أهمية بالغة ولما فيها من ضمان حقوق الدفاع المقدسة لم يكتف المشرع بالنص عليها فى المادة 101 من قانون المرافعات الواردة فى الأحكام العامة بل ضمنها دساتير الدولة المتعاقبة وآخرها 169 من دستور جمهورية مصر العربية فى سنة 1971 لتكون بعيدة عن إمكان البعث بها ،

فإذا ما عنى المشرع بإبراز وجوب السرية فى أحوال معينة فإنها فى حدود هذا النطاق تعتبر من القواعد الأساسية فى المرافعات التي تضم الحكم عند تخفها بالبطلان دون حاجة إلى النص عليها صراحة ، ودون إمكان القول فى شأنها بتحقيق الغاية من الإجراء فى معنى المادة 20 من قانون المرافعات ، يظاهر هذا القول أن المادتين 869 ، 870 الواردتين فى الكتاب الرابع من قانون المرافعات واللتين أبقى عليهما قانون المرافعات الحالى رسما طريقا لرفع الدعوى في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب يخالف الطريق المعتاد فى كل الدعاوى المنصوص عليها فى المادة 63 وما بعدها ، فلا تعلن عريضة الدعوى فيها إلى الخصم وإنما يتولى قلم الكتاب إعلانها إلى المدعى عليه على نماذج خاصة روعى الاقتصار فيها على ذكر موجز الطلب إمعانا فى السرية وحفاظا على الحرمات والأسرار ، لما كان ما تقدم وكان النزاع فى الدعوى يدور حول ثبوت نسب صغيرة تدعى زوجة مصرية ثبوته لأب كويتى الجنسية ، وبهذه المثابة يتعلق هذا النزاع بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية للأجانب ، مما كان يوجب عقد الجلسة سرية ، وكان الثابت فى محاضر الجلسات أن الاستئناف نظر فى جلسة علنية ، فإن الحكم يكون مشوبا بالبطلان .(الطعن رقم 14 لسنة 46 ق – جلسة 1978/2/1)

المادة 255 من قانون المرافعات أوجبت على الطاعن أن يودع سند وكالة المحامى الموكل فى الطعن وكان المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أن صدور التوكيل إلى المحامى المقرر بالطعن من وكيل الطاعن يستوجب تقديم توكيل الأخير وإلا كان الطعن غير مقبول ، ولما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المحامى الذى أقام الطعن قد قدم عند إيداع الصحيفة توكيلا صادرا إليه ممن يدعى حسن عيسى عبد اللاه ، برقم 8112 لسنة 1994 المطرية النموذجى أشار فيه إلى صفته كوكيل عن الطاعنين بتوكيل 3620/ك لسنة 1989 المطرية ولم يودع أو يقدم هذا التوكيل الأخير رغم تكليفه بذلك ومن ثم يكون الدفع فى محله .(الطعن رقم 2930 لسنة 63ق – جلسة 1996/3/11)

المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه " يتعين على الطاعن بالنقض وفقا لنص المادة 255 من قانون المرافعات أن يودع سند توكيل المحامى فى الطعن ، وإذا كان الثابت من الأوراق أن المحامى الذى رفع الطعن قد أودع عند تقديم صحيفة الطعن توكيلا صادرا إليه من الأستاذة .... المحامية بصفتها وكيلة عن الطاعنة بتوكيل ذكر رقمه إلا أنه لم يودع هذا التوكيل حتى حجز الطعن للحكم ، لما كان ذلك وكان لا يغنى عند تقديم التوكيل المذكور مجرد ذكر رقمه ، ذلك أن تقديمه واجب حتى تتحقق المحكمة من وجوده وتستطيع معرفة حدود الوكالة وما إذا كانت تشمل الإذن فى توكيل المحامين فى الطعن بالنقض ومن ثم يكون الطعن غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة (الطعن رقم 8559 لسنة 63 ق – جلسة 1999/11/25)

الخصومة فى الطعن أمام محكمة النقض . أطرافها . من كانوا خصوما فى النزاع الذى فصل فيه وبنفس صفاتهم لازمة ، وجوب أن يكون التوكيل الصادر للمحامى المقرر بالطعن صادرا من الطاعن بصفته التى خاصم أو خوصم بها فى النزاع الذى فصل فى الحكم ، مخالفة ذلك ، أثره ، عدم قبول الطعن . (الطعن رقم 5434 لسنة 64 ق – جلسة 1996/12/25)

دعاوى الأحوال الشخصية ، وجوب نظرها فى جلسات سرية ، عته ذلك ، انعقاد الجلسات فى علانية لا يخل بمبدأ السرية طالما م تدر فيها مرافعات تتناول مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بأى من طرف النزاع . (الطعن رقم 317 لسنة 65ق – أحوال شخصية – جلسة 1999/12/21)

إنه وأن كان قضاء الحكم بشئ لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه يعتبر من وجوه التماس إعادة النظر ، إلا أنه إذا لم يشتمل الحكم على الأسباب التى بنى عليها هذا القضاء فإنه يكون باطلا عملا بالمادة 3447 من قانون المرافعات ويجوز الطعن فيه بالنقض لوقوع هذا البطلان فيه . (نقض جلسة 1965/2/18 المكتب الفنى س16 ص201)

تدخل النيابة فى قضايا الأحوال الشخصية وجوبى إغفاله يرتب البطلان المطلق .

أوجب المشرع بالمادة 99 مرافعات على النيابة العام أن تتدخل فى كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية ، كما أوجب المادة 349 مرافعات على المحكمة ان تبين فى حكمها ضمن ما أوجبه من بيانات اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية ورأى النيابة ، ورتب البطلان على مخالفة كل من النصين وهو بطلان مطلق متعلق بالنظام العام يجوز الدفع به فى أية مرحلة كانت عليها المدعى ، ولمحكمة النقض أن تثيره من تلقاء نفسها ، يستوى فى ذلك تكون قد رفعت بوصفها دعوى مدنية وأثير فيها مسألة أولية متعلقة بالأحوال الشخصية . (نقض جلسة 1964/12/3 المكتب الفنى س15 ص1127)

متى كان يبين من الحكم أنه خلا من ذكر رأى النيابة العام فى دعوى استئنافيه من دعاوى الأحوال الشخصية فإن الحكم يكون باطلا- ولا يغنى عن هذا البيان إشارة الحكم إلى رأى النيابة فى مرحلة الدعوى الابتدائية . (نقض جلسة 1957/1/24 المكتب الفنى س8 ص112)

توجب المادة الأولى من القانون رقم 638 سنة 1955 ببعض الإجراءات فى قضايا الأحوال الشخصية والوقف التى تختص بها المحاكم بمقتضى القانون رقم 462 لسنة 1955 تدخل النيابة العامة فى كل قضية تتعلق بالوقف وإلا كان الحكم باطلا يستوى فى هذا الشأن أن يكون الدعوى أصلا من دعاوى الوقف أ، أن تكون قد رفعت بإعتبارها دون مدنية وأثيرت فيها مسألة أولية متعلقة بالوقف ، وإذا كان هذا البطلان مما يتعلق بالنظام العام فإن لمحكمة النقض أن تقضى به من تلقاء نفسها . (نقض جلسة 1964/6/17 المكتب الفنى ص16 ص836)

إن المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن لمحكمة النقض من تلقاء نفسها – كما يجوز للخصوم والنيابة العامة – إثارة الأسباب المتعلقة بالنظام العام ولو لم يسبق التمسك بها أمام محكمة الموضوع أو فى صحيفة الطعن متى توافرت عناصر الفصل فيها من الوقائع والأوراق التى سبق عرضها على محكمة الموضوع

ووردت هذه الأسباب على الجزء المطعون فيه من الحكم وليس على جزء آخر منه أو حكم سابق عليه لا يشمله الطعن وأن المادة 255 من قانون المرافعات توجب على الطاعن فى الطعن بالنقض أن يودع قلم كتاب محكمة النقض وقت تقديم صحيفة الطعن سند توكيل المحامى الموكل فى الطعن وحتى حجز الطعن للحكم ليتسنى للمحكمة التحقق من صفته فى إجرائه والوقوف على حدود هذه الوكالة - ويترتب على عدم تقديمه عدم قبول الطعن ، كما وأن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان الطاعن قد قبل الحكم الإبتدائى ولم يستأنفه وإنما استأنفه آخر من الخصوم ، ولم يقض الحكم الاستئنائى على الطاعن بشئ أكثر مما قضى به عليه الحكم الإبتدائى فلا يقبل منه الطعن على الحكم الاستئنافى بطريق النقض لما كان ذلك وكان المحامى الذى رفع الطعن عن الطاعن الأول لم يقدم سند وكالته عن شخصه - إذ أ، التوكيل رقم 217 سنة 89 توثيق أسيوط صادر للمحامى رافع الطعن من الطاعن الأول بصفته وليا طبيعيا عن الطاعن الثالث - حتى حجز الطعن للحكم رغم تكليف المحكمة له بتقديمه - ومن ثم يكون طعنه غير مقبول لرفعه من غير ذلك صفة ، ولما كان الطاعنان الثانية والثالث قد تدخلا هجوميا فى الدعوى بطب رفضها وحكمت محكمة اول درجة بقبول تدخلهما شكلا ورفضه موضوعا ولم يستأنف هذا الحكم وإنما استأنفه الطاعن الأول فإنهما يمونان بذلك قد قبلا الحكم الإبتدائى ، فخار قوة الأمر المقضى فى حقهما ، فلا يكون لهما الحق فى الطعن بطريق النقض فى الحكم المطعون فيه الذى لم يقض عليهما بأكثر مما قضى به ذلك الحكم ومن ثم يكون طعنهما غير مقبول .

(الطعن رقم 10107لسنة 64 ق - جلسة 2001/1/28)

إغفال البيانات الجوهرية للحكم يرتب البطلان المطلق :

الحكم باعتباره ورقة شكلية يجب أن تراعى فى تحريره الأوضاع الكلية المنصوص عليها فى القانون وأن يشتمل على البيانات التى أوجب ذكرها فيه .

والبطلان الذى رتبه الشارع جزاء على مخالفة تلك الأوضاع أو على إغفال الحكم لبيان من البيانات الجوهرية اللازمة صحته هو بطلان من النظام العام يجوز التمسك به فى أى وقت أمام محكمة النقض وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولما كان الشارع قد أوجب بمقتضى المادة 99 من قانون المرافعات على النيابة أن تتدخل فى كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية

وإلا كان الحكم باطلا وأوجب فى المادة 349 مرافعات على المحكمة أن تبين فى حكمها رأى النيابة وأسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية أن كان ورتب صراحة على عدم بيان اسم هذا العضو بطلان الحكم ، فإن مفاد ذلك أن الشارع اعتبر البيان الخاص باسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى قضية متعلقة بالأحوال الشخصية بيانا جوهريا لازما لصحة الحكم مما يقتضى اعتبار البطلان المترتب على إغفاله من النظام العام – ولا يغنى عن ذلك ذكر الحكم أن النيابة أبدت رأيها فى المذكرة المقدمة منها دون تعيين اسم عضو النيابة الذى أبدى هذا الرأى . (نقض جلسة 1961/2/25 – المكتب الفنى س12 ص30)

إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 349 مرافعات على أنه " يجب أن يبين فى الحكم .. أسماء القضاء الذين سمعوا المرافعات واشتركوا فى الحكم وحضروا تلاوته وعضو النيابة الذين أبدى رأيه فى القضية إن كان ونصت الفقرة الثانية على أن " عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم وعضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية يترتب عليه بطلان الحكم " فقد داتا بذلك على أن بيان اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية هو بيان جوهرى من بيانات الحكم – أسوة باسم القضاة الذين أصدروه وعلى منزل سواء – ا يغنى عنه ذكر اسم عضو النيابة الذى حضر المرافعة أو تلاوة الحكم لأن هذا البيان فى ديباجة الحكم يدل على أن هذا العضو هو الذى أبدى الرأى فى القضية ما لم يفصح الحكم عن ذلك – وينبنى على إغفاله بطلان الحكم هو بطلان من النظام العام يستصحب الحكم ويلازمه ويجوز الدفع به فى أية حالة كانت عليها الدعوى – وفى أى وقت أمام محكمة النقض والمحكمة أن تقضى به مذكرة النيابة ثابت فيها أن عضو النيابة الذى حضر تلاوة الحكم هو بذاته صاحب الرأى فى القضية . (نقض جلسة 1961/3/16 المكتب الفنى ص12 ص256)

وجوب المداولة بين جميع قضاة الهيئة التى سمعت المرافعة ، حصول الاشتراك فى المداولة مناطه ، التوقيع على مسودة الحكم المشتملة على أسبابه . (الطعن رقم 3674 لسنة 60 ق- جلسة 1997/3/2)

تخلف أحد القضاة الذين أصدروا الحكم عن حضور جلسة النطق به بسبب قهرى وتوقيعه على مسودة الحكم المشتملة على منطوقه وأسباب حلول غيره محله وقت النطق به ، وجوب إثبات ذلك فى الحكم جزاء مخالفته البطلان المواد 167 ، 170 ، 178 مرافعات دليل ثبوته بنسخة احكم الأصلية . (الطعن رقم 1129 لسنة 68ق – جلسة 1999/2/2)

النعى ببطلان الحكم لصدوره من قضاة غير الذين سمعوا المرافعة دليل ثبوته ، نسخة الحكم ذاته ، عدم كفاية محضر الجلسة التى تلى بها منطوق الحكم . (الطعن رقم 651 لسنة 62ق - جلسة 1998/1/6)

لا يجوز للمحكمة طبقا لنص المادة 168 من قانون المرافعات أن تقبل أثناء المداولة أوراقا أو مذكرات من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الأخر ليها وإلا كان العمل باطلا ، ولا يسوغ الخروج على هذه القاعدة أن تكون المحكمة التى أصدرت الحكم قد أذنت للطاعنين بإيداع مذكراتهم بملف الدعوى دون إعلان الخصم بها ، إذ ليس من شأن هذا - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أ، يغير من قواعد وضعت كفالة لعدالة التقاضى وعدم تجهيل الخصومة على من كان طرفا فيها ، إلا أنه لما كان الثابت أن الدعوى بعد أن حجزت للحكم أعيدت للمرافعة ثم حكم فيها فصارت المذكرة من مرفقاتها التى يملك أطراف النزاع الإطلاع عليها والرد على ما تضمنته . (الطعن رقم 2001 لسنة 53ق - جلسة 1988/1/19)

نص المادة 174 مكرر من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم 23 لسنة 1992 - الذى تم فى ظله حجز الدعوى للحكم وإعادتها للمرافعة أمام محكمة الاستئناف - على أنه .... مفاده على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا النص أنه تيسير للإجراءات وعدم تعطيل السير فى الدعوى ، اعتبر المشرع النطق بالأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنهى بها الخصومة وقرارات فتح باب المرافعة إعلانا للخصوم بها ، فلا يلزم إعلانهم بها ، واشترط لذلك أن يكون الخصم قد حضر إحدى الجلسات وقدم مذكرة بدفاعه ، وأن يكون سير الجلسات عقب ذلك متتابعا لم يعترضه عائق ، إذ أن من المفترض فى هذه الحالة أن يتابع الخصم سير دعواه ، أما إذا تسلسل الجلسات بعد حضور الخصم أو تقديم مذكرة بدفاعه ، فيجب على قلم الكتاب إعلان من لم يحضر من الخصوم بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول لو كان قد سبق لهم الحضور أو تقديم مذكرة بدفاعه قبل انقطاع تسلسل الجلسات ، ويكون ذلك إذا حصل عارض أدى إلى عدم نظر الدعوى فى الجلسة المحددة كأن توجل إداريا ،

أو إذا صادف اليوم المحدد لها عطلة رسمية أو لأى سبب آخر أدى إلى انقطاع تسلسل الجلسات ، لما كان ذلك وكان الطاعن قد مثل بالجلسات أمام محكمة الاستئناف ، ولم ينقطع تسلسل الجلسات بعد حضوره ، ومن ثم يعتبر انطق بقرار إعادة الاستئناف للمرافعة إعلانا له به ويترتب على المحكمة إن هى حجزت الدعوى للحكم دون التصريح للخصوم بتقديم مذكرات طالما وجدت فيها ما يكفى لتكوين عقيدتها . (الطعن رقم 325 لسنة 63ق – أحوال شخصية – جلسة 1999/12/28)

إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بقبول الدفعين – ببطلان صحيفة الاستئناف واعتباره كأن لم يكن – استنادا الى ما جاء فى المذكرة المقدمة من المطعون ضده فى فترة حجز القضية للحكم ولأول مرة دون أن يثبت من صورتها الرسمية المقدمة من الطاعنين بملف الطعن إعلانهما بها أو إطلاعهما فيها ، وفى هذا مخالفة للإجراءات الأساسية الواجب مراعاتها إذا لا يجوز طبقا لنص المادة 340 /2 من قانون المرافعات السابق أن تنظر المحكمة فى طلبات قدمت فى الدعوى لم يعلم أو يعلن بها الخصم ، وإن الجزاء على مخالفة هذا النص الأمر هو البطلان عملا بالمادة 25 من ذات القانون كما أن هذا – ما وعى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أصل من أول المرافعات ، ولا يسوغ الخروج على هذا الأصل إلى المحكمة التى أصدرت الحكم قد أذنت للمطعون ضده بإيداع مذكرته ملف الدعوى دون إعلان الخصم بها ، إذ ليس من شأن هذا أن يغير من قواعد وضعت كفالة لعدالة التقاضى ، وعدم تجهيل الخصومة على من كل طرفا فيها ، وإذا كانت محكمة الاستئناف قد قبلت المذكرة المقدمة من المطعون ضده دون إعلان الطاعنين بها ، واستندت فى قضائها على ما ورد بها ، فإن ذلك ينطوى على بطلان فى الإجراءات من شأنه التأثير فى الحكم المطعون فيه بما يستوجب نقضه . (نقض جلسة 1971/11/30 المكتب الفنى السنة 22 رقم 159 ص46)

تنص المادة 408 من قانون المرافعات قبل إلغائها على أنه بعد إيداع تقرير العضو المقرر بعين رئيس المحكمة الجلسة التى تنظر فيها القضية ويخبر قلم الكتاب الخصوم بتاريخ الجلسة قبل انعقادها بخمسة عشر يوما على الأقل بخطاب موصى عليه ، وقد توخى المشرع بهذا النص ضرورة إخطار بالجلسة حتى يتمكن من إبداء دفاعه بها من لم يكن قد قدم مذكرة أثناء التحضير ولكى يتمكن من قام بهذا الإجراء من استكمال دفاعه بالجلسة هذا الدفاع الذى يقوم على المرافعة الشفوية إلى جانب المذكرات المكتوبة ، فإذا كانت محكمة الاستئناف قد أصدرت حكمها المطعون فيه دون التحقق من ثبوت أخطار الطاعن بتاريخ الجلسة التى حددت لنظر الاستئناف أمام المحكمة فإن هذا الحكم يكون باطلا مما يستوجب نقضه . (نقض جلسة 1965/4/29 المكتب الفنى س16 ص453)

سماع شهود الإثبات فى جلسة وشهود النفى فى جلسة أخرى لا يؤدى إلى البطلان .

مفاد نص الفقرة الأولى من المادة 73 من قانون الإثبات رقم 25 لسنة – 1998 أنه إن كان الأصل سماع شهود النفى فى نفس الجلسة التى سمع فيها شهود الإثبات ، إلأ أن هذا ليس أمرا حتميا يترتب على مخالفته البطلان ، بل ترك المشرع تنظيمه للمحكمة التى تتولى إجراء التحقيق ، فلها أن ترجى سماع شهود النفى إلى جلسة أخرى غير التى سمعت فيها شهود الإثبات إذا حال دون سماعهم فى نفس الجلسة مانع ، يدخل فى نطاق سلطة المحكمة الموضوعية بلا معقب عليها . (نقض جلسة 1971/11/30 المكتب الفنى السنة 22 رقم 159 ص 946)

متى كان الحكم الإبتدائى قد صدر فى جلسة سرية وفى ذلك ما يبطله طبقا للمادة 355 من قانون المرافعات وكانت محكمة الاستئناف لم تنبه أو تنبه إلى هذا العيب الجوهرى وعرضت الموضوع وفصلت فيه بأسباب مستقلة لم تحل فيها إلى ما جاء بالحكم الإبتدائى من أسباب ، فإن النعى على حكمها بأنه صدر على غير مقتضى القانون يكون غير منتج إذ ليس من شأنه أن يحقق سوى مصلحة نظرية صرف لا يعتد بها . (نقض جلسة 1965/5/25 – مجموعة المكتب الفنى س16 – ص557)

النطق بالأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى ، ولا تنتهى بها الخصوم وقرارات فتح باب المرافعة باعتبارها إعلانا للخصوم بها ، شرطه ، أن يكون الخصم قد حصر إحدى الجلسة أو قدم مذكرة بدفاعه ، وأن يكون سير الجلسات عقب ذلك متتابعا لم يعترضه عاتق انقطاع تسلس الجلسات وجوب إعلان من لم يحضر من الخصوم بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ، مادة 174 مكرر مرافعات المضافة بالقانون 23 لسنة 1992 . (الطعن رقم 459 لسنة 64 ق – أحوال شخصية – جلسة 1999/5/24)

مفاد نص الفقرة الثالثة من المادة 346 مرافعات قبل تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1962 ومفاد الفقرتين الأولى والثالثة من المادة السادسة من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض رقم 57 لسنة 1959 أن الأحكام الصادرة حضوريا فى المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والجائز الطعن فيها بطريق النقض يجب إيداع مسوداتها المشتملة على أسبابها موقعا عليها من الهيئة التى أصدرتها عند النطق بها وإلا كانت باطلة ، يستوى فى ذلك أن يكون قد نطق بها فى ذات الجلسة التى سمعت فيها المرافعة أم فى جلسة أخرى تالية . (نقض جلسة 1965/3/25 المكتب الفنى س16 ص409)

الحكـــم بالبطـــلان

التمســـك بالبطـــلان

إذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام ، كان على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا حاجة لتمسك الخصوم به أما إذا كان البطلان غير متعلق بالنظام العام فلا يجوز القضاء به إلا إذا تمسك به من تقرر لمصلحته من الخصوم .

وقد نصت المادة 21 مرافعات على أنه " لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذى تسبب فيه ، وذلك كله فيما عدت الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام " .

مفاد ذلك أن الحق فى التمسك بالبطلان الذى لا يتعلق بالنظام العام يقتصر على من شرع البطلان لمصلحته فلا يكون لغيره ولا للنيابة العامة التمسك بها كما لا يكون للقاضى أثارته من تلقاء نفسه وهو ما جرى عليه القضاء فى ظل القانون الملغى (1967/1/5 – م نقض م – 18- 92- 1967/5/25 – م نقض م – 18- 1102 – 1956/5/31 – م نقض م – 7- 622) وتطبيقا لذلك فإنه لا يجوز لمن صح إعلانهم من الخصوم التمسك ببطلان إعلان غيرهم ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة إذ أن أفادتهم من هذا البطلان مرهونة بثبوته بالطريق القانوني وهو ما يستلزم أن يتمسك به من تعيب إعلانه وان تقضى به المحكمة (1977/1/12 – م نقض م – 28- 224) وفى ذلك تقول محكمة النقض " مفاد المادة 1/21 من قانون المرافعات أن الحق فى التمسك بالبطلان إعلان أوراق المحضرين يقتصر على من شرع البطلان لمصلحته فلا يكون للغير التمسك به ولا يجوز لمن صح إعلانهم من الخصوم التمسك ببطلان إعلان غيرهم إلا انه إذا كان الموضوع غير قابل للتجزئة فان لمن صح إعلانهم من الخصوم الإفادة من هذا البطلان إذا تمسك به من تعيب إعلانه وقضت به المحكمة (1981/5/16 طعن 1094/6380 سنة 47 قضائية – م نقض م – 33 – 1981/11/15 طعن 514 سنة 46 قضائية الخمسين عاما المجلد الثانى – 1586 – 259 – 1982/2/16 طعن 6 سنة 51 قضائية – 1984/2/15 طعن 353 سنة 50 قضائية – 1985/3/27 طعن 972 سنة 51 قضائية – 1985/2/28 طعن 883 سنة 51 قضائية – 1985/2/26 طعن 264 سنة 59 قضائية)

وتطبيقا لذلك فانه لا يجوز للخصم التمسك بالبطلان لعدم قضائية – 1984/5/15 طعن 393 سنة 50 قضائية – م نقض م 35- 1310) أو بالبطلان المترتب على قرار المحكمة التصريح بمذكرات ومستندات قبل إعادة إعلان غيره (1989/1/15 طعن 2134 سنة 52 قضائية) أو ببطلان إعلان غيره بأوراق التكليف بالحضور (1982/2/16 طعن سنة 51 قضائية) ومنها إنذار إبداء الرغبة فى الشفعة (1984/2/8 طعن 491 سنة 47 – قضائية) أو بالبطلان المترتب على عدم إعلان غيره بقرار إعادة الدعوى للمرافعة اذا ما دامت الخصومة قد انعقدت صحيحة " فإن البطلان بسبب الإجراءات اللاحقة بطلان نسبى " (1977/1/12 طعن 403 سنة 43 قضائية – م نقض م – 28 – 224) أو ببطلان إعلان غيره بصحيفة الاستئناف لإجرائه فى غير موطنه (1967/1/5 – م نقضم – 18- 92) أو بالبطلان المترتب على عدم إعلان غيره بحكم التحقيق (الحكم السابق) أو بالبطلان المترتب على إغفال أخبار النيابة بوجود قضى فى الدعوى لأنه حكم مقرر لمصلحتهم (1967/5/15 – م نقض م – 18- 1102)

وتمسك صاحب الشأن بالبطلان الذى لا يتعلق بالنظام العام يخضع لحكم المادة 108 مرافعات : فيجب التمسك به قبل التعرض للموضوع أو إبداء الدفع بما لم يتمسك به فيها مع قيام سبب وإذا تعددت أوجه الدفع الواجب وجب التمسك بها كلها معا وإلا سقط الحق فى التمسك بالوجه الذى اغفل التمسك به ، كما يسقط الحق فى الدفع أو الوجه الذى يغفل التمسك به فى صحيفة الطعن .

ولازم ذلك أن المحكمة لا تملك التعرض للبطلان من تلقاء نفسها ، كما أنها لا تملك التعرض لغير الدفع أو الوجه الذى تمسك به صاحب الشأن .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " لا يجوز القضاء ببطلان الإعلان النسبى لغير الوجه الذى تمسك به صاحب الشأن فإذا كان قد اقتصر فى النعى على الإعلان بالبطلان على عدم صحة البيان الخاص بأخطاره بتسليم الصورة إلى جهة الإدارة ، فلا يجوز القضاء ببطلان الإعلان استنادا إلى إغفال المحضر إثبات الخطوات التى سبقت تسليم الصورة إلى جهة الإدارة (1978/5/9 – م نقض م – 29- 1197) .

ومن جهة أخرى فانه إذا كان الأصل فى الإجراءات الصحيحة فإنه إذا لم يتمسك صاحب الشأن بالبطلان الذى لا يتعلق بالنظام العام أو سقط حقه فى التمسك به فإن الإجراء يعتبر قائما صحيحا منتجا لأثاره وفى ذلك قضت محكمة النقض بأن " البطلان الناشئ عن عدم مراعاة إجراءات الإعلان بطلان نسبى لا يعدم الحكم بل يظل قائما موجودا وان كان مشوبا بالبطلان فينتج آثاره ما لم يقض ببطلانه بالطعن عليه بإحدى طرق الطعن المقررة قانونا فان مضت مواعيد الطعن أو كان غير قابل لهذا الطعن فقد أضحى بمنحى من الإلغاء حائزا لقوة الشئ المقضى دالا بذاته على صحة إجراءاته " (1970/4/23 – م نقض م – 21- 689 – 1977/4/5 طعن 119 لسنة 43 قضائية – م نقض م – 28- 909) ولا يجوز التمسك بالبطلان لأول مرة أمام محكمة النقض (1971/2/25 – م نقض م – 22- 234) ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها (1977/4/5 – م نقض م- 18- 909 – 1977/3/16 – م نقض م – 28-697)

وليس لمن كان سببا فى بطلان العمل الإجرائي أن يتمسك ببطلانه سواء كان هو الذى تسبب فيه بنفسه أو كان الذى تسبب فيه شخص يعمل باسمه كالمحامى أو المحضر أو النائب القانونى أو النائب الاتفاقى . وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية انه لا يشترط لذلك أن يقع من الشخص غش أو خطأ أو أن يكون فعله هو السبب الرئيسي أو الوحيد أو العادى أو المباشر و إنما يكفى أن تقوم بين عمله وبين العيب الذى لحق الإجراء رابطة سببية وهى تقوم إذا كان العمل لازما لوجود العيب فتتوافر من ثم الرابطة ولو كان فعله هو الذى أدى إلى وقوع الخصم فى خطأ أدى إلى بطلان إجراء قام به هذا الأخير وقد قضى تطبيقا لذلك بان الخصم الذى يتسبب فى تأجيل إجراء التحقيق لا يجوز له أن يتمسك بعدم جواز إجرائه لفوات ميعاده .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا كانت المادة 128 مرافعات بعد أن أجازت وقف الدعوى باتفاق الطرفين أوجبت فى فقرتها الثانية تعجيلها فى ثمانية الأيام التالية نهاية اجل الإيقاف وإلا اعتبر المدعى تاركا دعواه والمستأنف تاركا لاستئنافه ، وكانت المادة 12 من ذات القانون قد نصت فى فقرتها الثانية على انه إذا ألغى الخصم موطنه الأصلي أو المختار ولم يخبر خصمه بذلك صح إعلانه فيه وتسلم الصورة عند الاقتضاء إلى جهة الإدارة ، وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الشركة الطاعنة كانت قد اتخذت موطنا لها بمدينة القاهرة منذ بدء الخصومة إلا أنها قامت بتغييره أثناء فترة الوقف ولم تخطر المطعون ضده الأول بهذا التغيير فقام بتوجيه إعلان تعجيل الاستئناف إليها فى موطنها المعروف له فى ميعاد ثمانية الأيام التالية لنهاية اجل الوقف وإذ جاءت الإجابة بانتقالها إلى الإسماعيلية وجه إليها إعلانا آخر بتلك المدينة فجاءت الإجابة بعدم الاستدلال عليها ، فقام بإعلانها أخيرا فى موطنها الذى انتقلت إليه ببور سعيد وكان ميعاد التعجيل قد انقضى ، لما كان ذلك وكان من المقرر انه لا يجوز للشخص أن يفيد من خطئه أو إهماله وكانت المادة 2/21 من قانون المرافعات لا تجيز التمسك بالبطلان من الخصم الذى تسبب فيه إلا إذا تعق بالنظام العام وكان لا يشترط لأعمال هذه القاعدة أن يكون فعل الخصم هو السبب الرئيسى أو السبب الوحيد أو السبب العادى لوجود العيب فى الإجراء كما لا يشترط أن يكون هو السبب المباشر ، وكانت الطاعنة قد خالفت القانون بعدم إخطارها المطعون ضده الأول بتغيير موطنها أثناء فترة الوقف مما أدى إلى تعذر قيامه بإعلانها بتعجيل الاستئناف من الإيقاف فى الميعاد المقرر فى القانون فلا يكون لها أن تتمسك باعتبار المطعون ضده الأول تاركا لاستئنافه إذا ا يجوز لها أن تفيد من خطئها الذى تسببت فيه فيما شاب إجراء التعجيل من عيب (1983/12/5 طعن 1289 سنة 49 قضائية) وقضت بأن : " مفاد نص الفقرة الثانية من المادة 21 من قانون المرافعات – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – أن البطلان لا يجوز أن يتمسك به من تسبب فيه ، ويستوى أن يكون من تسبب فى البطلان هو الخصم نفسه أو شخص آخر يعمل باسمه كما أنه لا يشترط أن يكون قد صدر من الخصم غش أو خطأ ، بل تكفى مجرد الواقعة التى تؤكد نسبة البطلان إلى الخصم أو من يعمل باسمه " (1980/5/31 – م نقض م – 31- 1619) . (محمد كمال عبد العزيز ص452 ، مرجع سابق)

طرق التمسك بالبطلان :

وتختلف طرق التمسك بالبطلان باختلاف الإجراء المعيب ، فإذا كان الإجراء المعيب من إجراءات الخصومة فإن التمسك ببطلانه يحصل بإبداء دفع شكلى مع مراعاة أن حضور الخصم يزيل بطلان صحيفة الدعوى أو ورقة التكليف بالحضور وفقا للمادة 114 المتقدمة دراستها ، ويسقط الحق فى التمسك بالبطلان ويزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا (م22) ، أو إذا رد على الإجراء بما يدل على انه اعتبره صحيحا أو قام بعمل أو إجراء آخر باعتباره كذلك ، كأن يناقش أحد الخصوم ما جاء بتقرير الخبير فيعتبر هذا ردا على ما جاء فى التقرير ويفيد بأن الخصم قد اعتبره صحيحا مما يترتب عليه زوال البطلان الذى يشوب عمل الخبير ، هذا إذا كان البطلان ناشئا عن مخالفة القواعد المقررة لصالح الخصوم خاصة ، أما إذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام فإنه يجوز التمسك به فى أية حالة تكون عليها الدعوى ويجوز للنيابة أن تتمسك به إذا كانت طرفا منضما فى الخصومة .

وإذا كان البطلان واردا على حكم من الأحكام ، فإن التمسك ببطلانه يحصل عن طريق الطعن فيه بطرق الطعن المقررة فى القانون ، فإذا انقضى ميعاد الطعن زالت عن الحكم (وعن الإجراءات السابقة علي) كل الشوائب التى تعيبه . (أبو الوفا ص507 ، مرجع سابق)

ويلاحظ بالنسبة إلى البطلان المتعلق بالنظام العام التفرقة بين حكم هذه المادة وحكم الفقرة الأخيرة من المادة 20 التى تمنع عند تحقق الغاية الحكم بالبطلان ولو كان متعلقا بالنظام العام إذ فى هذه الحالة الأخيرة يكون تحقق الغاية دليلا على عدم المساس بالنظام العام ، وبمعنى أخر فإن أعمال المادة 21 يفترض قيام موجب البطلان وعدم تحقق الغاية لأنه إذا تحققت الغاية امتنع الحكم بالبطلان سواء كان متعلقا بالنظام العام أو غير متعلق به . (عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " يجوز للمحكمة القضاء بالبطلان المتعلق بالنظام العام " (1988/11/10 طعن 168 سنة 55 ق) ولكن يلاحظ فى هذه الصدد أن حق المحكمة فى التصدى من تلقاء نفسها عند تقرير بطلان الإجراء المتعلق بالنظام العام دون أن يكون لها التصدى لما قد يترتب على ذلك من آثار إلا إذا كان بدوره متعلقا بالنظام العام ، فإذا كان الإعلان باطلا لعدم توقيع المحضر على ورقة الإعلان كان للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها ببطلانه ،

ولكنها لا يكون لها أن تتعرض من تلقاء نفسها لما قد يترتب على ذلك من اعتبار الدعوى كأن لم تكن عملا بالمادة 70 مرافعات لعدم إعلان الصحيفة خلال ثلاثة اشهر من إيداعها قلم الكتاب . (محمد كمال عبد العزيز ص256 ، مرجع سابق)

أحكــام النقــض :

بطلان الخصومة لعدم إعلان أحد الخصوم إعلانا صحيحا هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بطلان نسبة مقرر لمصلحة من شرع لحمايته ، وليس متعلقا بالنظام العام ، فلا يجوز لغير الخصم الذي بطل إعلانه الدفع به ، ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة فإفادة من صح إعلانهم – فى هذه الحالة – من البطلان الحاصل فى إعلان أحدهم لا يكون إلا بعد أن يثبت هذا البطلان بالطريق الذى يتطلبه القانون ، بأن يتمسك به من له الحق فيه وتحكم به المحكمة .(الطعن رقم 719 للسنة 52 ق – جلسة 1988/4/17)

البطلان المترتب على قرار المحكمة بالتصريح للخصوم بتقديم مذكرات ومستندات قبل إعادة إعلان أحدهم ، عدم جواز التمسك به إلا من شرع البطلان لمصلحته .(الطعن رقم 2134 لسنة 52 ق – جلسة 1989/1/15)

الأصل فى الإجراءات أن تكون قد روعيت البطلان المترتب على عدم إعلان خصم بتعجيل الدعوى أو بإيداع تقرير الخبير عدم جواز التمسك به الا من شرع البطلان لمصلحته ، مادة 21 مرافعات . (الطعن رقم 300 لسنة 52 ق – جلسة 1985/12/5)

بطلان الإجراءات بعد انقطاع سير الخصومة ، نسبى ، ليس لغير من شرع لحمايتهم التمسك به ، وهم خلفاء المتوفى . (الطعن رقم 3059 لسنة 57ق – جلسة 1992/11/15)

البطلان المترتب على إعلان الاستئناف فى غير موطن المستأنف عليه هو بطلان نسبى مقرر لمصلحته فليس لغيره من المستأنف عليهم ان يتمسك به حتى كان موضوع الدعوى التى صدر فيها الحكم المستأنف مما يقبل التجزئة .

البطلان المترتب على عدم إعلان احد الخصوم بمنطوق حكم التحقيق مقرر لمصلحته ، وله وحده التمسك به . (نقض 1967/1/5 – مجموعة أحكام النقض – س18 – ص92)

بطلان الإجراءات المترتب على انقطاع سير الخصومة هو بطلان نسبى قرره القانون لمصلحة من شرع الانقطاع لحمايته تمكينا من الدفاع عن حقوقه وهم خلفاء المتوفى أو من يقدمون مقام من فقد أهليته أو زالت صفته فلا يحق لغيرهم أن يحتج بهذا البطلان . (نقض 1967/1/5 – مجموعة أحكام النقض – س18- ص92)

وحيث إن المقرر أن إعلان الأوراق القضائية فى النيابة بدلا من إعلانها لشخص المراد إعلانه أو فى موطنه وان كان لا يصح اللجوء إليه قبل قيام المعلن بالتحريات الكافية الدقيقة عن محل إقامة المعلن إليه ، إلا أن بطلان الإعلان لعدم كفاية هذه التحريات لا يجوز أن يتمسك به إلا من شرع هذا البطلان لمصلحته ، ذلك أن بطلان الخصومة لعدم إعلان أحد الخصوم إعلانا صحيحا هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بطلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع لحمايته ، وليس متعلقا بالنظام العام ، فلا يجوز لغير الخصم الذى بطل إعلانه الدفع به ، ولو كان له مصلحة فى ذلك ، أو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ، لما كان ذلك وكان البطلان الذى يتمسك به الطاعن إنما يدعى حصوله فى إعلان المطعون ضده الثانى بصحيفة افتتاح الدعوى ، وكان هذا الأخير – وهو الطاعن فى الطعن الأول – قد حصر أسباب طعنه فى سبب واحد لم ينع فيه على الحكم المطعون فيه البطلان لهذا السبب ، فلا يجوز للطاعن إثارة هذا الدفع أمام محكمة النقض لافتقار صفته فيه . (الطعنان رقما 505 ، 549 لسنة 48 ق- جلسة 1982/12/9)

عدم جواز تمسك الخصم ببطلان الإجراء الذى تسبب فيه مادة 2/21 مرافعات ، قاصر على البطلان غير المتعلق بالنظام العام . (الطعن رقم 833 لسنة 47ق – جلسة 1987/4/24)

المادة 1/63 من قانون المرافعات أوجبت على المدعى أن يضمن صحيفة دعواه بيانات بموطنه الأصلى الصحيح ، كما نصت المادة 2/12 من قانون المرافعات على أنه " إذا ألغى الخصم موطنه الاصلى أو المختار ، ولم يخبر خصمه بذلك صح إعلانه فيه ، وتسلم الصورة عند الاقتضاء إلى جهة الإدارة ..." وكان مفاد نص المادة 2/21 مرافعات انه لا يجوز أن يتمسك بالبطلان من تسبب فيه يستوى أن يكون هذا السبب وليد غش أو تقصير ، وسواء أكان هذا السبب الوحيد أو الرئيسى أو أحد الأسباب التى أسهمت فى وقوع البطلان ، لما كان ذلك وكان الثابت فى الأوراق أن المطعون ضدهما الثانية والثالثة قد ضمنا صحيفة دعواهما للمستأنف حكمها أنهما يقيمان مع والدهما المطعون ضده الأول فى العنوان الذى ذكره الطاعن فى صحيفة استئنافه التى أودعها فى 1993/11/30 فوجه إعلانه إلى ثلاثتهم فى هذا العنوان تتم النسبة للمطعون ضده الأول بتاريخ 1993/12/4 كما وردت إجابة المحضر بأنه لم يتم بالنسبة للمطعون ضدهما الثانية والثالثة لعدم إقامتها فى هذا العنوان فأعاد الطاعن توجيه الإعلان اليهما فى هذا الموطن الذى لم تخبراه بإلغائه تتم بالنسبة للمطعون ضدها الثانية تاريخ 1994/1/16 ووردت إجابة المحضر بأن المطعون ضدها الثالثة هى وحدها التى لا تقيم مع أبيها فى هذا العنوان ، فأعاد الطاعن توجيه الإعلان للموطن ذاته فتم بتاريخ 1994/3/26 بعد انقضاء ثلاثة اشهر على تقديمه صحيفة الاستئناف وهو ما ينبئ عن ان الطاعن حرص على إتمام الإعلان بصحيفة الاستئناف خلال الأجل الذى رسمه المشرع وان التأخير لا يرجع الى فعله . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى باعتبار الاستئناف كأن لم يكن تأسيسا على أن التراخى فى إتمام الإعلان يرجع إلى فعل الطاعن ، فإنه يكون قد خالف القانون ، واخطأ فى تطبيقه وشابه الفساد فى الاستدلال . (الطعن رقم 7521 لسنة 64 ق – جلسة 1995/9/18)

مفاد نص الفقرة الثانية من المادة 21 من قانون المرافعات – وعلى ما أوضحت عنه المذكرة الإيضاحية – أن البطلان لا يجوز أن يتمسك به من تسبب فيه ، ويستوى أن يكون من تسبب فى البطلان هو الخصم نفسه أو شخص آخر يعمل باسمه ، كما انه لا يشترط أن يكون قد صدر من الخصم غش أو خطأ يعمل باسمه ، كما انه لا يشترط أن يكون قد صدر من الخصم غش أو خطأ بل تكفى مجرد الواقعة التى تؤكد نسبة البطلان إلى الخصم أو من يعمل باسمه وكان البين من الأوراق أن المطعون ضدهما أوضحا فى صحيفة افتتاح الدعوى الابتدائية المرفوعة منهما ضد الهيئة الطاعنة وفى ورقة إعادة الإعلان الخاصة بهذه الدعوى انهما يقيما بشارع .... ولما وجهت الهيئة اليهما الإعلان بصحيفة الاستئناف على هذا العنوان أثبت المحضر المكلف بإجرائه انهما غير مقيمين به ، بل أن محل إقامتهما كائن .... فوجهت اليهما الإعلان بتلك الصحيفة فى هذا العنوان الأخير ، ولكن المحضر اثبت فيه انه لم يستدل عليهما ولا يوجد لهما اى موطن به ، كما ان الهيئة الطاعنة استعانت بضابط الشرطة المختص للتحرى عن محل إقامة المطعون ضدهما فاخطرهما بذات بيانات المحضر الواردة فى الإعلانين المشار اليهما ، مما أدى إلى إعلانها المطعون ضدهما بصحيفة الاستئناف – المودعة قلم الكتاب بتاريخ 1971/8/5 – فى مواجهة النيابة العامة يوم 1971/9/30 ، فدفع المطعون ضدهما باعتبار الاستئناف كأن لم يكن لعدم اعلانهما بصحيفة إعلان صحيحا خلال ثلاثة اشهر من تاريخ إيداعها قلم الكتاب ، بمقولة أن محل إقامتهما بمصنع البساتين لتصدير الأثاث التى تلتزم الهيئة بإعلانهما فيه بتلك الصحيفة ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بقبول ذلك الدفع واعتبار الاستئناف كأن لم يكن تأسيسا على بطلان إعلان المطعون ضدهما فى مواجهة النيابة العامة بغير الرد على دفاع الهيئة الطاعنة الذى أبدته أمام المحكمة الاستئنافية بعدم أحقيتهما فى التمسك بهذا البطلان بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة 21 من قانون المرافعات ، حالة انه دفع جوهر قد يتغير به وجه الرأى فى الاستئناف فإن الحكم يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب . (نقض 1980/5/31 – مجموعة أحكام النقض – ج 2- السنة 31- ص1619)

النزول عن التمسك بالبطلان

تعريف النزول عن التمسك بالبطلان :

للخصم الذى من حقه التمسك بالبطلان أن ينزل عن هذا الحق . ويتحقق النزول بإعلان إرادة النزول صراحة أو ضمنا . وبغير هذه الإرادة لا يمكن الكلام عن النزول .

والنزول قد يرد على الحق فى التمسك بالبطلان ، وقد يرد على طلب البطلان نفسه بعد إبدائه . وفى الحالة الثانية يشمل الطلب والحق معا . على أن الغالب أن يحدث النزول قبل التمسك بالبطلان ، فيرد على الحق فى إبداء البطلان . (فتحى والى ص674 ، مرجع سابق)

وقد نصت المادة 22 من قانون المرافعات على أن " يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام .

ويلاحظ أنه وإن كان النزول عن التمسك بالبطلان يعتبر صورة من صور تصحيح البطلان إلا انه يختلف عن التصحيح بتحقيق الغاية فى انه لا يرد على البطلان المتعلق بالنظام العام فى حين أن الأخير يرد على كافة صور البطلان ولو تعلق بالنظام العام .

يكون البطلان متعلقا بالنظام العام إذا نص المشرع على ذلك صراحة أو أوجب على القضاة الحكم به من تلقاء نفسه أو كان الإجراء معدوما أو كان يتصل بالمصالح العامة حسبما يقرره القضاء والفقه . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

والنزول نوعان : نزول ضمني ونزول صريح :

النزول الصريح :

هو إعلان من له التمسك بالبطلان أرادته صريحة بالنزول عن حقه فى التمسك بالبطلان . ولا يشترط فى النزول الصريح أي شكل خاص فيمكن أن يتم شفاهة فى الجلسة فى مواجهة الخصم الأخر ، كما يمكن أن يتم كتابة فى مذكرة تعلن إليه . (فتحى والى ، مرجع سابق)

ويكون النزول الصريح بإعلان الخصم إرادته النزول عن حقه فى التمسك بالبطلان سواء أكان بإرادته المنفردة أو نتيجة اتفاق بينه وبين خصمه مادام الاتفاق حاصلا بعد قيام سبب البطلان أما الاتفاق مقدما على النزول عن البطلان فيميل الرأي الغالب إلى إجازته إذا كان محددا عمل معين ولسبب معين ، أما إذا كان الاتفاق عاما غير محدد ببطلان عمل معين أو غير محدد بسبب معين فلا يجوز لأن الخصم ينزل عن البطلان دون أن يكون على علم بسببه . (عبد الحميد الشواربى ص464 ، مرجع سابق)

النزول الضمنى :

النزول الضمنى هو سلوك من الخصم يدل على استعداده لتحمل آثار العمل المعيب . أى سلوك يدل ضرورة على إرادة من قام به فى النزول عن التمسك بالبطلان .

وعلى القاضى أن يبحث عن إرادة النزول فى سلوك الخصم صاحب الحق فى التمسك بالبطلان ، فيبحث عما إذا كان العمل الذى يراد اعتباره نزولا يمكن أن يتفق فى ذهن من قام به مع إرادة التمسك بالبطلان ، فإذا كان العملان يمكن أن يتوافقا دون أن يكون فى هذا مخالفة للمنطق فيجب قبول البطلان ، أما إذا كان سلوك الخصم اللاحق على نشوء حقه فى التمسك بالبطلان يعنى ضرورة أن من قام به قد أراد النزول فلا يقبل منه أن يتمسك بالبطلان . (فتحى والى ، مرجع سابق)

ومن صور النزول الضمنى عن التمسك بالبطلان التعرض للموضوع أو إبداء دفع بعدم القبول قبل التمسك بالبطلان . (عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق)

شروط النزول عن البطلان :

مما سبق يتضح لنا أن هناك ثلاثة شروط يجب توافرها لتحقق النزول عن البطلان سواء كان صريحا أو ضمنيا .

الأول : أن يصدر النزول ممن لحق فى التمسك بالبطلان : فإذا صدر من الغير فأنه لا يترتب أى أثر .

الثانى توافر أهلية النزول : أهلية النزول ليست أهلية التبرع لأن النازل لا ينقل حقا إلى الغير وإنما يتخلى عن حقه دون نقله إى الغير ، وإذا كان النزول يفيد الخصم الآخر فإن هذه الفائدة تعتبر نتيجة غير مباشرة .

والأهلية المطلوبة للنزول هى نفس الأهلية اللازمة للتقاضى . وإذا كان للقاصر المأذون له بالإرادة أن يتقاضى باسمه فيما يتعلق بإدارته ، فإنه يكون له بالنسبة لهذه القضايا أن ينزل عن البطلان الذى ينشأ لمصلحته .

أما القاصر غير المأذون له بالإدارة أو من أذن له بالنسبة لغير القضايا الخاصة بالإدارة ، فليس له أهمية التقاضى وليس له أيضا أهلية النزول ، وإذا نزل عن البطلان فإن نزوله يعتبر باطلا لنقص الأهلية ولا يكون له أثر فى زوال البطلان .

الثالث : أن تثبت لدى الخصم إرادة النزول : فإذا لم تثبت هذه الإرادة فإننا لا نكون بصدد نزول بالمعنى الصحيح . ولا توجد هذه الإرادة إذا كان النازل لا يعلم بالعيب المؤدى إلى البطلان . كذلك الأمر إذا ملك صاحب الحق سلوكا يد على النزول ولكنه نفى هذه الدلالة باحتفاظه بحقه فى التمسك بالبطلان ، ففي هذه الحالة لا يتحقق النزول عن حقه فى البطلان ولكن يشترط أن تكون التحفظان صريحة محددة وليست مجرد تحفظات عامة .

أثـــر النـــزول :

إذا نزل من له التمسك بالبطلان عن حقه أنتج النزول أثره دون اشتراط موافقة الخصم الآخر إذ ليس لهذا الأخير أية مصلحة فى الرفض .

على أن النزول لا يؤدى إلى إجازة ارتكاب نفس المخالفة مرة ثانية ، فإذا تكرر العيب فى عمل آخر من أعمال الخصومة كان لذى المصلحة أن يتمسك ببطلان العمل الجديد ، ولو كان قد سبق أن نزل عن التمسك ببطلان العمل الأول الذى كان مشوبا بنفس العيب . فإذا أعلن شخص أمام قاضى الأمور المستعجلة فى موطن غير موطنه ، ولم يتمسك بالبطلان الناشئ عن هذا العيب نازلا عن الدفع ، فإنه يستطيع – رغم هذا – أن يتمسك بالبطلان إذا أعلن فى نفس الموطن أمام قاضى الموضوع . ولا يعتبر نزوله عن التمسك بالبطلان أمام قاضى الأمور المستعجلة نزولا عن التمسك بالبطلان لنفس العيب أمام قاضى الأمور المستعجلة نزولا عن التمسك بالبطلان لنفس العيب أمام قاضى الموضوع .

وإذا كان البطلان - والغرض أنه يتعلق بالمصلحة العامة الخاصة – مقررا لمصلحة النازل وحده ، فانهي ترتب على النزول تصحيح العمل . أما إذا كان مقررا لمصلحة أكثر من خصم ، فإن نزول أحدهم عن حقه فى التمسك بالبطلان يترتب عليه زوال حق هذا الخصم ، دون أن يؤثر هذا فى حقوق الآخرين . وهذه هى قاعدة الأثر النسبى للنزول . وتسرى هذه القاعدة ولو كان هناك تضامن بين أصح الحق ، إذ التضامن يقوم فيما ينفع وليس فيما يضر .

وينتج النزول أثره بالنسبة للخلف سواء بسند عام أم بسند خاص وإذا ترتب على النزول تصحيح العمل الباطل ، فإن هذا الأثر يترتب بأثر رجعى ، فيعتبر أن العمل كان دائما صحيحا . وقد حكم تطبيقا لهذه القاعدة أن المدية بمعارضته فى التنبيه بالوفاء يعتبر نازلا عن بطلان هذا التنبيه ، ويعتبر التنبيه صحيحا من وقت القيام به وليس فقط من تاريخ المعارضة . (فتحى والى ، مرجع سابق)

أحكــام النقــض :

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن النزول الضمنى عن الحق المسقط له يجب أن يكون بقول أو عمل أو إجراء دال بذاته على ترك الحق دلالة لا تحتمل الشك ، وهو ما لا يتحقق فى مجرد تأخير دفع المدين ببطلان إجراءات البيع والمزاد وسكوته عليه ، وعدم اعتراضه زهاء ما يقرب من سبع سنين . (الطعون أرقام 1747 – 1748 ، 1858 لسنة 51ق – جلسة 1983/11/20)

حضور الخصم جلسات المرافعة بعد تنفيذ حكم التحقيق وعدم تمسكه بالبطلان الناشئ عن عدم إعلانه بهذا الحكم ، اعتباره نزولا ضمنيا عن هذا البطلان لا يتعلق بالنظام العام . (الطعن رقم 1303 لسنة 48ق – جلسة 1983/12/8)

أحكام القانون 100 لسنة 1957 الخاصة ببيع المنقولات المستعملة بالمزاد العلنى ، قيامها على أساس إتمام البيع بواسطة خبير مثمن ، عدم ترتب البطلان الحتمى جزاء على عدم مراعاتها ، جواز النزول عنه صراحة أو ضمنا لعدم تعلقها بالنظام العام . (نقض 1973/3/12 – مجموعة أحكام النقض – السنة 24 ص396)

متى تم النزول عن البطلان صراحة أو ضمنا فإنه يقع باتا فلا يجوز العدول عنه أو التحلل من آثاره . (الطعن رقم 517 لسنة 43ق – جلسة 1977/3/16)

النزول الضمنى عن الحق المسقط له يجب أن يكون بقول أو عمل أو إجراء دالا بذاته على ترك الحق دلالة لا تحتمل الشك وهو ما لا يتحقق فى مجرد تأخير الدفع ببطلان التنبيه عن الدفع بعدم جواز التنفيذ على العقار فى تقرير الاعتراض على قائمة شروط البيع مع تمسك مقدمها بكليهما ، كما أنه يشترط فى العمل أو الإجراء الذى يعتبر ردا على الإجراء الباطل بأن صاحب الشأن قد اعتبره صحيحا أن يكون القول أو الفعل المسقط للحق فى الدفع بالبطلان دالا بذاته على أن صاحب الشأن قد أخذ فى اعتباره أن الإجراء الذي يواجهه قد قام صحيحا ، أو أنه يعتبره كذلك ولا يتأتى هذا الافتراض إذا صاحب القول أو الفعل تمسك صاحب الشأن بالدفع بالبطلان لأن هذه المصاحبة القول أو الفعل تمسك صاحب الشأن بالدفع بالبطلان لأن هذه المصاحبة تدل على أن ذا الشأن إنما يتمسك بكل ما واجهه من أوجه الدفاع ولا يسوغ القول بأن المصاحبة التى تجمع أوه الدفاع المختلفة فى الورقة الواحدة تقوم معها مظنة النزول عن بعضها رغم تمسك صاحبها بها جميعا . (نقض 1968/11/28 – مجموعة أحكام النقض – السنة 19- ص1457)

الإجراء الباطل بطلانا غير متعلق بالنظام العام ، اعتباره صحيحا طالما لم يتمسك صاحب المصلحة بالبطلان فى الوقت المناسب . (الطعن رقم 199 لسنة 43ق – جلسة 1977/4/5)

ميعاد الثلاثين يوما المحددة فى الفقرة الثانية من المادة 405 من قانون المرافعات بعد تعديله بالقانون 100 لسنة 1962 هو ميعاد حضور بصريح النص ، والجزاء المقرر فى الفقرة لعدم مراعاة هذا الميعاد وهو اعتبار الاستئناف كأن لم يكن إذا لم يتم تكليف المستأنف عليه بالحضور خلال الميعاد المذكور ، وهو بعينه الجزاء المقرر فى المادة 78 من قانون المرافعات فى حالة عدم مراعاة ميعاد التكليف بالحضور بالنسبة للدعوى المبتدأة هذا الجزاء مقرر لمصلحة المستأنف عليه حتى يتفادى ما يترتب على تراضى المستأنف فى إعلان الاستئناف من إطالة الأثر المترتب على تقديم صحيفة لقلم المحضرين فى قطع التقادم والسقوط ولم يوجب الشرع على المحكمة الحكم بهذا الجزاء من تلقاء نفسها خلافا لما كان عليه الحال فى المادة 406 مكرر مرافعات قبل إلغائها بالقانون رقم 100 لسنة 1962 ومن ثم فالجزاء فى صورته الجديدة لا يتصل بالنظام العام ،

ولا تحكم به المحكمة بغير طلب من الخصوم ، ولا يغير من ذلك أن هذا الجزاء يقع بقوة القانون بمجرد انقضاء ميعاد الثلاثين يوما دون أن يتم تكليف المستأنف عليه بالحضور إذ معنى هذا أنه يتحتم على المحكمة أن توقع الجزاء فى حالة طلبه من صاحب المصلحة ولا يكون لها خيار فيه ، ولكن للأخير أن يتنازل عن صراحة أو ضمنا . (نقض 1986/4/18 – مجموعة أحكام النقض- السنة 19 – ص811)

حضور الخصم الذى يسقط فى التمسك ببطلان الصحيفة لعيب فى الإعلان هو الذى يتم بناء على إعلان الورقة ذاتها مجرد الحضور فى الزمان والمكان المعينين فى الورقة قرينة على أن الحضور تم بناء على الورقة على المتمسك ببطلانه إثبات العكس . (الطعن رقم 88 لسنة 46ق – جلسة 1979/3/13)

تصحيــح الإجــراء الباطــل

قد نصت المادة 23 من قانون المرافعات على أنه " يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر قانونا لاتخاذ الإجراء ، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر فى القانون حددت المحكمة ميعادا مناسبا لتصحيحه ، ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه .

والتصحيح المنصوص عليه فى هذه المادة هى تصحيح البطلان بتكملة الإجراء المعيب ولو بعد التمسك بالبطلان ويفرق نص المادة بين حالتين الأولى إذا كان للإجراء ميعاد معين وجب أن يحصل التصحيح بالتكملة فى الميعاد فصحيفة الاستئناف يجب توقيعها من محام مقبول أمام المحكمة المرفوع إليها الاستئناف إنما يجوز تصحيح البطلان الناشئ عن مخالفة هذا الإجراء بتوقيع الصحيفة من محام مقرر فى جلسة المرافعة بشرط أن يتم ذلك فى ميعاد الاستئناف والثانية ألا يكون للإجراء ميعاد مقرر وهنا تحدد المحكمة ميعادا مناسبا تصحيحه كما إذا تبينت المحكمة عند غياب المدعى عليه بطلان إعلانه بالصحيفة أجلت القضية إلى جلسة تالية يعاد إعلانه لها إعلانها صحيحا . (م58 مرافعات)

ومن المقرر أنه لا يمنع من التصحيح المشار إليه فى تلك المادة أن يكون الخصم قد تمسك بالبطلان إلا أن الإجراء لا ينتج أثره إلا من تاريخ تصحيحه كذلك لا يمنع من التصحيح أن يكون الإجراء متعلقا بالنظام العام مادام الميعاد الذى حدده القانون لإتمام الإجراء ما زال قائما كما فى حالة رفع الاستئناف بدون التوقيع على صحيفته من محام مقبول أمام المحكمة الاستئنافية فيجوز تصحيح البطلان بتوقيع المحامى إذا كان ميعاد الاستئناف لم ينته بعد . (عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق)

ويجوز التصحيح بالتكملة ولو كان البطلان متصلا بالنظام العام مادامت التكملة تؤدى إلى تصحيح الإجراء .

ومن أمثلة التصحيح بالتكملة أن ترفع دعوى باسم الأصيل من جانب محام غير موكل عنه بتوكيل رسمي أو ثابت التاريخ قبل الجلسة المحددة لنظرها فيحضر الأصيل ويوالى إجراءاتها . أو ترفع باسم شركة من جانب أحد مديرها فقط فى حين أن الذى يمثلها هم سائر المديرين – فيحضر جميع هؤلاء فى جلسة المرافعة . ويلاحظ ان التصحيح فى هذه الأمثلة يرد على دعوى غير مقبولة وليس على دعوى صحيفتها باطلة . (راجع الأحكام المشار إليها فى رسالة الدكتور فتحى والى رقم 264)

ومن أمثلة التصحيح بالتكملة أيضا أن يرفع الاستئناف فى الميعاد ولا يؤدى الرسم بأكمله عند تقديم الصحيفة وإنما يؤدى بعدئذ فى خلال الميعاد أو يلاحظ أن البطلان الناتج عن عدم أداء الرسم فى خلال ميعاد الاستئناف من النظام العام . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

ومن أمثلته أيضا ، أن ترفع الدعوى من ناقص أهلية فيحضر وصية الجلسة الأولى المحددة لنظرها ويوالى إجراءاتها .

ومن أمثلة التصحيح رفع طعن آخر بالنقض عن ذات الحكم المرفوع عنه الطعن بالنقض ليستدرك الطاعن ما فاته من اوجه الطعن ، وذلك بشرط أن يكون ميعاد الطعن بالنقض ما زال ممتدا ، ولم يفصل فى موضوع الطعن الأول . (نقض 1976/3/4 – 26- 515)

وتقول المذكرة التفسيرية للقانون رقم 100 لسنة 1962 الذى استحدث حكم المادة 23 ومن تطبيقاتها أن يحضر الوصى فى الجلسة المحددة نظر الدعوى المرفوعة من القاصر أو المرفوعة عليه فيصحح حضوره إجراءات الدعوى وان يحضر باقى مديرين الشركة فى الدعوى المرفوعة من أحدهم إذا كان تمثيلها قانونا لا يتم إلا بهم مجتمعين ، وكذلك إذا كانت صحيفة الاستئناف غفلا من توقيع محام مقبول فى الاستئناف فإنه يجوز استيفاء التوقيع فى الجلسة متى كان ذلك فى خلال ميعاد الاستئناف ، ذلك لان توقيع المحامى على الصحيفة يعد وحده وفى ذاته الدليل على صياغتها بواسطته فيستوى أن يكون التوقيع عليها قد تم وقت كتابتها أو فى الجلسة. (أبو الوفا ، مرجع سابق)

كذلك من أمثلة التصحيح بالتكملة أن يقوم المدعى بإعادة إعلان صحيفة الدعوى مستوفية لما أغفله من بيانات عند إجراء الإعلان الأول وإذا تم التصحيح باطلا وأمرت المحكمة مرة ثانية بالتصحيح فإنه ينصب على الإجراء الأخير ويعد تصحيحا أول إذا كان البطلان لسبب غير السبب الذى رتب البطلان الأول .

ويستوى أن يكون العيب موضوعيا كعيب الأهلية أو التمثيل القانوني أو عيبا شكلا كبعض بيانات الصحيفة كما يستوى أن يكون البطلان متعلقا بالمصلحة الخاصة أو النظام العام ويتعين أن يتم التصحيح فى ذات مرحلة التقاضى الذى اتخذ فيها الإجراء موضوع التصحيح . (عبد الحميد الشواربى ص470 ، مرجع سابق)

تشترط محكمة النقض أن يتم التصحيح فى ذات مرحلة التقاضى التى اتخذ فيها الإجراء موضوع التصحيح ومن ثم فإن البطلان الناشئ عن عدم توقيع صحيفة افتتاح الدعوى من محام مقبول لا يجوز تصحيحه أثناء نظر الاستئناف (1976/3/2 فى الطعن 437 لسنة 40 قضائية – م نقض م – 27- 356) وفى ذلك قضت محكمة النقض " لئن كان يجوز تصحيح الإجراء الباطل عنا بالمادة 23 من قانون المرافعات إلا أن هذا التصحيح – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يجب أن يتم فى ذات مرحلة التقاضى التى اتخذ فيها الإجراء محل التصحيح ، والثابت أن وكيل الطاعن لم يرفق توكيلا خاصا بالرد لدى التقرير به (عملا بالمادة 153) ولم يقدم مثل هذا التوكيل أمام محكمة أول درجة حتى صدور حكمها بعدم قبول طلب الرد فإن الحكم المطعون فيه إذا ايد هذا القضاء يكون صحيح النتيجة " (1987/1/22 – طعن 728 – سنة 53 ق – م نقض م – 38 – 149) . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

أحكــام النقــض :

متى كان مفاد نص المادة 735 من القانون المدنى أنه يجوز للحارس أن يجرى أعمال التصرف برضاء ذوى الشأن ، فإن تدخل المستحقين فى الوقف منضمين إلى الحارس القانونى على الوقف فى طلباته فى دعوى تثبيت الملكية التى أقامها بصفته من شأنه أن يزول العيب الذى شاب تمثيله لهم وبزواله تصبح إجراءات التقاضى صحيحة ومنتجة لآثاره فى حق الخصوم على السواء منذ بدايتها . (نقض 1968/11/26 مجموعة أحكام النقض- السنة 19 ص1407)

إن الحكم لا يكون قد خالف القانون إذا لم يعتد بإعلان صحيفة استئناف وجهت إلى المستأنف عليه فى الميعاد ولم تسلم تسليما فعليا ولا حكميا إلى احد ممن يجيز القانون تسلمه إياها حتى يعد منتجا لآثاره ولا يغير من هذا النظر أن يقوم المستأنف عليه فى النيابة بإعلان جديد بعد فوات ميعاد الاستئناف ولا يمكن أن يعتبر مكملا للإعلان السابق إذا القول بذلك يقتضى أن يكون للإعلان الأول قد تم صحيحا مع انه منعدم الأثر لا يقبل تكملة ولا تصحيحا . (نقض 1955/2/17 – مجموعة أحكام النقض – 1 لسنة 6 – ص708)

تصحيح الإجراء الباطل ، يجب أن يتم فى ذات مرحلة التقاضى التى اتخذ فيها هذا الإجراء فالبطلان الناشئ عن عدم توقيع محام على صحيفة افتتاح الدعوى ، ينبغى أن يتم تصحيحه أمام محكمة الدرجة الأولى وقبل صدور حكمها الفاصل فى النزاع إذ بصدور هذا الحكم يخرج النزاع من ولاية المحكمة ، ويمتنع إجراء التصحيح ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن توقيع المحامى على صحيفة افتتاح الدعوى أثناء نظر الدعوى أمام محكمة الاستئناف من شأنه تصحيح البطلان العالق بهذه الصحيفة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون . (الطعن رقم 437 لسنة 40 ق- جلسة 1976/2/2)

وقوع بطلان فى إعلان بعض المطعون عليهم لا يترتب عليه سوى إعادة إعلانهم بالطعن إعلانا صحيحا ولو بعد فوات الميعاد المحدد للإعلان مادام أن هذا الميعاد تنظيمى لا يترتب على تجاوزن البطلان . (نقض 1972/7/12 – مجموعة أحكام النقض – س23 – ص1175)

أوجب قانون المرافعات فى المادة 253 منه على الخصوم أن ينيبوا عنه محامين مقبولين أمام محكمة النقض فى القيام بالإجراءات وفى المرافعة أمامها والحكم فى ذلك أن المحكمة لا تنظر إلا فى المسائل القانونية فلا يصح أن يتولى تقديم الطعون إليها والمرافعة فيها إلا المحامون المؤهلون لبحث مسائل القانون . وإذ يبين من الاطلاع على الأوراق أن صحيفة الطعن موقع عليها بإمضاء محام نيابة عن المحامى الوكيل عن الطاعنة وكان الثابت من الشهادة الصادرة من نقابة المحامين أن المحامى الموقع على صحيفة الطعن لم يقبل للمرافعة أمام محكمة النقض حتى تاريخ تحرير هذه الشهادة ، فإنه يتعين إعمال الجزاء المنصوص عليه فى المادة 253 مرافعات ولا محل لما تقول به الطاعنة من أن صحيفة الطعن صدرت منه ، فلا يحكم بالبطلان طبقا لما تنص عليه المادة 20 فقرة ثانية من قانون المرافعات ، ذلك أن الغاية من توقيع محام مقبول أمام محكمة النقض على صحيفة الطعن لم تتحقق على هذه الصورة ، وإذا كان الإجراء الباطل لم يتم تصحيحه فى الميعاد المقرر قانونا اتخاذ الإجراء طبقا لما تنص عليه المادة 23 من قانون المرافعات فإن الطعن يكون باطلا . (نقض 1971/12/8 – مجموعة أحكام النقض – س22 – ص1005)

لا يحمل الحكم – المطعون فيه – ما أورده من أن المحامى قد وقع على ورقة إعادة الإعلان أمام محكمة الدرجة الأولى متضمنة بيانات صحيفة افتتاح الدعوى وهو ما يكفى لتصحيح البطلان العالق بالصحيفة – عدم توقيع محام عليها – ذلك أن المحكمة وقد انتهت فى حكمها فى شكل الاستئناف الى بطلان هذه الورقة لانعدام أثرها لعدم إعلانها فى الموطن الاصلى للطاعن فإنها لا تصلح لتصحيح البطلان إذا الإجراء الباطل ا يصححه إجراء باطل ولو اختلف سبب البطلان . (نقض 1976/2/2 – مجموعة أحكام النقض – س27- 356)

إذا كان الثابت أن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وجهه الطاعنان إلى المطعون ضد الأخير بتاريخ 1971/10/20 فى محل تجارته وليس فى موطنه فرد عليه بإعلان وجهه إليه فى 1971/11/13 اقر فيه انه تلقى إعلان الرغبة ولاحظ على بياناته مجانبتها للحقيقية فسارع إلى تصحيحها ، وعرض على الطاعنين الحلو محله فى عقد البيع بالثمن الحقيقى والنفقات الحقيقية دون أن يتمسك بأى اعتراض أو تحفظ فى شأن بطلان الرغبة مما يد على تحقق الغاية التى يبتغها المشرع من وراء الإجراء وعلى نزول من وجه إليه عما اعتراه من بطلان نسبى شرع لمصلحته ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وانتهى إلى تأييد القضاء بسقوط الحق فى الشفعة لبطلان إعلان الرغبة فيها يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه . (نقض 1977/3/16 – مجموعة أحكام النقض- س28- ص705)

يجب أن يتم فى ذات مرحلة التقاضى التى اتخذ فيها الإجراء محل تصحيح وإذا كان الثابت أن وكيل الطاعن لم يرفق توكيلا خاصا بالرد لدى التقرير به ولم يقدم هذا التوكيل أمام محكمة أول درجة ضد صدور حكمها بعدم قبول طلب الرد فإن الحكم المطعون فيه إذا أيد هذا القضاء يكون صحيح النتيجة . (نقض 1987/1/22 – مجموعة أحكام النقض – السنة 38 – ص149)

لئن كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الخصومة فى الدعوى تبدأ بإيداع صحيفة افتتاحها قلم كتاب المحكمة طبقا لمادة 63 من قانون المرافعات ولا يجزى عن ذلك تكليف الخصوم بالحضور فى الجلسة المحددة ، ويترتب على عدم سلوك الطريق الذى استنه القانون لرفع الدعوى حق الخصم فى الدفع بعدم قبو الدعوى ، وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها وهو فى حقيقته دفع موجه إلى إجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها إلا أنه يجوز تصحيحها عملا بالمادة 23 من قانون المرافعات اقتصادا فى إجراءات الخصومة من المبالغة فى التمسك بالشكل . (الطعن رقم 1578 لسنة 56ق – جلسة 1989/6/12)

وحيث أن هذا النعى فى محله ذلك انه إذا جرى النص فى الفقرة الأولى من المادة الثالثة والعشرين من قانون المرافعات على انه يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر قانونا لاتخاذه ، فإن مفاد ذلك أنه قد أجيز بمقتضاه تصحيح الإجراء الباطل من إجراءات المرافعات ذلك بتكملة البيان أو الشكل أو العنصر المعيب فيه بشرط أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر قانونا لاتخاذه وهو لا يعنى تصحيح البطلان ، وإنما يعنى إعادة العمل الاجرائى الباطل أي إحلال عمل اجرائى جديد صحيح محل العم المعيب وهو قد يرد على كامل هذا العمل ، كما يرد على الشق المعيب منه لتتوافر فيه جميع مقتضياته القانونية فيكون غير معيب إلا أن آثاره لا تسرى إلا من تاريخ القيام به إذ أن التجديد ليس له أثر رجعى وتسرى تلك القاعدة سواء كان التجديد اختياريا أم إجباريا ويتعين أن يتم التصحيح فى ذات مرحلة التقاضى التى اتخذ فيها الإجراء محله ، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده إذ تمسك بالدفع ببطلان إعلانه بصحيفة الاستئناف لإعلانه بها على موطنه المختار فى غير حالته مما حدا بالطاعنة إلى اتخاذ إجراءات تصحيح إعلانه بها على موطنه الأصلي المبين بصحيفة الدعوى الابتدائية ، والمنفذ بتاريخ 1996/5/29 لجلسة 1996/5/30 لغلق مسكنه قام المحضر بتسليم صورة الإعلان لجهة الإدارة وإخطار المطعون ضده المعلن إليه بخطاب مسجل فى اليوم التالى لذلك ، وقد تم ذلك خلال الميعاد القانوني لإعلان صحيفة الطعن وانعقدت بموجبه الخصومة فى الاستئناف ، فإن الحكم المطعون فيه إذا التفت عن هذا الإعلان ولم يقل كلمته بشأنها وقضى ببطلان إعلان صحيفة الاستئناف استنادا إلى أن الإعلان بها قد تم على الموطن المختار للمستأنف عليه – المطعون ضده – فى غير الحالات التى يتطلبها المشرع فى المادة 214 من قانون المرافعات ، فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق وشابه قصور فى التسبيب وجره ذلك إلى الخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة . (الطعن رقم 8412 لسنة 66ق – جلسة 1998/2/25)

آثـــــار البطـــــلان

أثـــار البطـــلان

يترتب على الحكم ببطلان الإجراء اعتباره كأن لم يكن فيسقط وتسقط معه كل الإجراءات اللاحقة له متى كان هو أساس لها وترتب هى عليه (م3/24) كما يترتب على بطلان الإجراء زوال كافة الآثار القانونية المترتبة عليه . فإذا قضى مثلا ببطلان صحيفة الدعوى استتبع ذلك بطلان جميع إجراءات الخصومة بما فى ذك الحكم الصادر فى الدعوى ، وإنما لا يمنع البطلان من تجديد الإجراء الذى حكم ببطلانه مصححا ما لم يكن الحق فى إجرائه قد سقط سبب من أسباب السقوط . (أبو الوفا ص511 ، مرجع سابق)

فتنص المادة 24 من قانون المرافعات على أنه " إذا كان الإجراء باطلا وتوفرت فيه عناصر إجراء آخر فإنه يكون صحيحا باعتباره الإجراء الذى توافرت عناصره .

وإذا كان الإجراء باطلان فى شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذى يبطل ويترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليها أو الإجراءات اللاحقة إذا لم تكن مبنية عليه .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون 13 سنة 1968 : " أما المادة 24 فتتكلم عن آثار البطلان وهى تشتم على ثلاث فقرات تحتوى كل منها على قاعدة مستقلة ، الفقرة الأولى : تنظيم ما يعرف بتحول العمل الباطل فإذا كان الإجراء باطلا وتوافرت فيه عناصر إجراء أخر فإنه يتحول إلى هذا الإجراء الآخر وتنظم الفقرة الثانية انتقاض العمل الباطل ، فإذا كان شق من الإجراء غير معيب فأنه يمكن أن يبقى صحيحا رغم تعيب الآخر . أما الفقرة الثالثة فهى التى تناول أثر بطلان الإجراء على الإجراءات السابقة والتالية له فلا ينسحب هذا الاثر على الإجراءات المترتبة على الإجراء الباطل . ويلاحظ أن عبارة (مبنية عليه) لا تعنى مجرد الارتباط المنطقى بل يجب وجود ارتباط قانونى بين العملين بحيث يعتبر العمل السابق الذي بطل شرطا صحة اللاحق عليه " .

تحول العمل الإجرائي :

ويتحقق التحول – وفقا لعبارة النص – بمجرد قيام شرطه وهو أن يتوافر فى الإجراء الباطل عناصر إجراء آخر صحيح ، فيتحول العمل إلى الإجراء الصحيح .

ولا يشترط فى هذا التحول ثبوت اتجاه إرادة من قام بالعمل الباطل إلى العمل المحول إليه . (فتحى والى ، مرجع سابق)

ومن أمثلة تحول العمل الإجرائى :

إذا كان إعلان سقوط الخصومة باطلا لعدم مراعاة ميعاد المسافة ، فإن هذا الإعلان الباطل يعتبر صحيح بصفته إعلانا يرمى إلى استئناف الإجراءات .

إذا كانت صحيفة تجديد الدعوى من الشطب باطلة بالتبعية لبطلان الصحيفة المرفوعة بها الدعوى (بطلان مستمد) ، فإنها تتحول إلى صحيفة دعوى جديدة متى استوفت بيانات صحيفة الدعوى .

إذا كان حلف اليمين الحاسم باطلا لعيب شكلى فإنه يمكن يتحول إلى إقرار قضائى صحيح .

انتقاص العمل الإجرائي الباطل :

وانتقاص العمل الإجرائي الباطل الذى تتعرض له الفقرة الثانية يعنى أن هذا العمل المعيب ينتج لذاته رغم ذلك بعض الآثار التى ينتجها لو كان صحيحا وهذا هو ما يفرقه التحول .

وقد عرض الفقه للانتقاص فى صورة التفرقة بين البطلان الكلى والبطلان الجزئى وعرف الأخير بأنه الحالة التى ينتج فيها الإجراء رغم بطلانه بعض الآثار التى لا يتنافى قيامها مع هذا البطلان ، وطبق هذه القاعدة سواء عند تعدد الخصوم أو عند تعدد الآثار. (راجع أبو الوفا فى نظرية الدفوع الطبعة الثانية ص29 وما بعدها – 1969/2/2 – م نقض م – 20- 1248 . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

وواضح أن الانتقاص طبقا للقانون الجديد لا يرد إلا على العمل الإجرائي المركب من أجزاء قابلة للتجزئة أو الانقسام دون العمل الإجرائي البسيط أو غير القابل للتجزئة أو الانقسام

فتعيب شق من العمل الاجرائى من هذا النوع الأخير يؤدى إلى بطلان العمل الإجرائي كله (1955/5/28 – م نقض م – 6- 1178 – فتحى والى بند 372 – سيف بند 597 – نصر الدين كامل وعبد العزيز يوسف فى المدونة الجزء الثانى بندى 870، 955 وقارن أبو الوفا فى المدونة بند 955 ونظرية الدفوع بند 157) وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذ تنص الفقرة الثانية من المادة 24 من قانون المرافعات على أنه إذا كان الإجراء باطلا فى شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذى يبطل فهى تنظم انتقاص العمل الباطل بحيث إذا كان شق من الإجراء غير معيب فانه يمكن أن يبقى صحيحا رغم تعييب الأخر ولا يرد هذا الانتقاص إلا على العمل الإجرائي المركب من الجزاء قابلة للتجزئة او الانقسام دون العمل الإجرائي البسيط أو غير القابل للتجزئة أو الانقسام فتعييب شق من العمل الإجرائى من هذا النوع الأخير يؤدى إلى البطلان العمل الإجرائى كله " (1977/5/17 طعن 698 سنة 42 قضائية – م نقض م – 28- 1230 – 1972/5/28 – م نقض م – 6- 1178)

الفرق بين تحول العمل وانتقاص العمل :

يشترك التحول والانتقاص فى أن كلا منهما يفترض بطلان العمل الإجرائى ، فحيث لا بطلان ا يمكن الكلام عن تحول أو انتقاص ، ويؤدى كل منهما إلى أن آثارا قانونية تنتج رغم بطلان العمل . فما الفارق إذا بين الصورتين ؟

تدق التفرقة كثيرا . ويمكن القول إنه فى التحول تكفى المقتضيات الباقية غير المعيبة لتكوين عمل إجرائى يعرفه القانون . فيستبدل بالعمل الباطل عمل آخر جديد إن كان يتكون من المقتضيات غير المعيبة من العمل الباطل إلا أنه يعتبر عملا جديدا بحيث أن الآثار التى ينتجها تعتبر أثارا له وليست آثارا أو بعض أثار العمل الباطل . أما فى الانتقاض فان المقتضيات غير المعيبة لا تكفى لإنتاج عمل إجرائي جديد يتحول إليه العمل الباطل . وإنما ينتج العمل الباطل هو نفسه بعض آثاره التى ينتجها لو كان صحيحا . فالآثار الناتجة بعد الانتقاص هى بعض آثار نفس العم الباطل وليست آثار عمل جديد . (فتحى والى ، مرجع سابق)

شروط الانتقاص :

أن يكون العمل الإجرائي باطلا ، فحيث لا بطلان لا يمكن الكلام عن الانتقاص.

إذا تعلق الأمر بعمل إجرائي مركب ، فإن الانتقاص يتحقق دون حاجة إلى نص ، وذلك كان أحد الأجزاء صحيحا .

أما إذا كان العمل الإجرائي بسيطا أو كان عملا مركبا وكانت أجزاؤه كلها معيبة فإن الأصل هو أن البطلان كلى ، ولا ينتج العمل أى أثر إلا إذا نص القانون على ذلك .

يشترط لتحقق الانتقاص فى حالة الانتقاص من حيث الآثار أن يكون العمل الاجرائى منتجا لأكثر من أثر . وأن تكون هذه الآثار قابلة للانقسام . وفى حالة الانتقاص من حيث الأجزاء أن تكون أجزاء العمل المركب قابلة للتجزئة . أى أنه فى حالة الانتقاص من حيث الأجزاء يشترط ألا يؤدى البطلان إلى تعيب كل الأجزاء ، لارتباطها بعضها ببعض . (فتحى والى ، مرجع سابق)

ارتضاء إرادة المتعاقدين للآثار المترتبة على التصرف القانونى . رغم أن المشرع المدنى المصرى لم يذكر هذا الشرط إلا أنه شرط ضرورى .

ويلاحظ أن نص القانون الجديد لم يورد ما يتضمنه نص المادة 143 من التقنين المدنى من عدم جواز الانتقاص إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الباطل فيتعين بطلان العمل كله ولو كان قابلا للانقسام ، ومن ثم محل لإعمال هذا القيد بالنسبة إلى الأعمال الإجرائية ، ذلك أن هذا القيد يرجع بالنسبة إلى التصرفات القانونية إلى أن الإرادة تستقل بتحديدها آثارها ، ويكون الانتقاص فى شأنها إعمالا للإرادة المفترضة لمتعاقدين برضائهما الاقتصار على آثار الأجزاء الصحيحة ومن ثم ينتفى مبرر الانتقاص متى ثبت عكس هذه الإرادة المفترضة بثبوت أن الشق المعيب كان هو الدافع إلى التعاقد كله وواضح أنه لا محل لكل ذلك بالنسبة إلى الأعمال الإجرائية التى يستقل القانون بتحديد آثارها . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

أثر بطلان الإجراء على الإجراءات السابقة واللاحقة له :

ويلاحظ بداءة أن البطلان لا ينتج أثره إلا إذا قرره القضاء وحتى يتم ذلك يظل العمل ولو كان معيبا منتجا لكافة أثاره باعتباره عملا صحيحا فإذا تقرر بطلانه بحكم القضاء اعتبر باطلا منذ إجرائه لا منذ الحكم بالبطلان وانتج البطلان آثاره من ذلك التاريخ لا من الحكم ، ويقضى القاضى بالبطلان من تلقاء نفسه إذا كان متعلقا بالنظام العام فإن لم يكن كذلك وجب للقضاء بالبطلان أن يتمسك به من شرع لمصلحته على ألا يكون هو الذى تسبب فيه سواء كان الخصم نفسه أو شخص آخر يعمل باسمه . (عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق)

والقاعدة انه لا اثر لبطلان العمل الإجرائي على الأعمال السابقة عليه متى تمت صحيحة فى ذاتها فبطلان إعلان الحكم لا يؤثر على صحة الحكم .

وبالنسبة إلى الأعمال اللاحقة فالعبرة بالارتباط الذى جعل من العمل السابق شرط لحصة العمل اللاحق ، كصحيفة افتتاح الدعوى بالنسبة لغالبية الأعمال الإجرائية فى الخصومة أما إذا كان العمل اللاحق مستقلا عن العمل السابق الذى تقرر بطلانه فلا تأثير عليه من هذا البطلان ، فترك الخصومة من المدعى والحكم الصادر بتقرير هذا الترك يظلان صحيحين ولو كانت صحيفة افتتاح الدعوى باطلة ، وبطلان الحكم ، لا يؤدى إلى بطلان إعلانه ، وبطلان الشهادة لا يؤدى إلى بطلان تقرير الخبير الذى سمعها . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

ولكن قد يترتب على إجراء إلغاء الإجراءات السابقة عليه إذا ما نص القانون على ذلك صراحة فعدم إيداع أسباب الحكم فى الميعاد المقرر فى التشريع يؤدى أى بطلانه (م175) ، وعدم كتابته وفق ما نص عليه المشرع فى المادة 178 يؤدى إلى بطلانه ، وعدم كتابته وفق ما نص عليه المشرع يوما من تاريخ شطبها يؤدى إلى اعتبارها كأن لم تكن – فكان اتخاذ الإجراء اللاحق وصحته يعد شرطا لصحة الإجراء السابق . (أبو الوفا ص515 ، مرجع سابق) .

مفاد ما تقدم أن العمل الذى تقرر بطلانه على ما قررته الفقرة الثالثة من المادة 24 مرافعات لا يؤثر فى الأعمال السابقة عليه كما انه لا يؤثر فى الأعمال اللاحقة عليه إلا إذا كانت مبنية عليه ويقصد بذلك على ما أشارت المذكرة الإيضاحية أن توجد رابطة قانونية بين العمل الباطل والعمل اللاحق عليه بحيث يعتبر الأول شرطا لصحة الثانى وبذلك لا يكفى مجرد الارتباط المنطقى بين العملين كما لا يكفى من باب أولى مجرد تأثير العمل الأول فى العمل اللاحق . (عبد الحميد الشواربى ص468 ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " قضاء محكمة الاستئناف ببطلان صحيفة الدعوى لعدم إعلانها وبطلان الحكم المستأنف المبنى عليها ، مؤداه زوال الخصومة ووجوب الوقوف عند حد تقرير البطلان " (نقض 1973/5/15 – مجموعة أحكام النقض- س24- ص748) وبأنه " صحيفة افتتاح الدعوى هى الأساس الذى تقوم عليه كل إجراءاتها فإذا حكم ببطلانها فإنه ينبنى على ذلك إلغاء جميع الإجراءات اللاحقة لها وزوال جميع الآثار المترتبة على رفضها " (نقض 1973/5/15 – مجموعة أحكام النقض – س23 – ص748) وبأنه " من الجائز أن يتحول الإجراء الباطل إلى إجراء صحيح إذا كانت العناصر الباقية غير المعيبة يتوافر بموجبها إجراء آخر صحيح " (نقض 1969/12/2 – مجموعة أحكام النقض – س20 – ص1248) وبأنه " بطلان الحكم الإبتدائى يؤدى إلى بطلان الحكم الإستئنافى الذى قضى بتأييده " (الطعن رقم 634 لسنة 43ق – جلسة 1976/11/22) وبأنه " العبرة فى تكيف الإجراء هو بحقيقة وضعه القانونى واستيفائه للأوضاع والشروط التى يحددها القانون لا بما يسبغه عليه الخصوم أو قلم الكتاب من أوصاف ، وإذن فمتى كان الثابت بالأوراق أنه بعد أن شطبت دعوى الشركة المطعون ضدها فى 1965/11/23 أعلنت للطاعنين فى 1968/1/9 بصحيفة استوفيت جميع الشروط والبيانات اللازمة للصحيفة افتتاح الدعوى وأدت عنها الرسم المستحق على الدعوى الجديدة فلا تثريب على المحكمة إن هى أنزلت عليها الوصف القانونى الصحيح باعتبارها دعوى جديدة ، ولا يؤثر على ذلك أن يكون قلم الكتاب قد قيدها بالجدول بذات رقم الدعوى المشطوبة أو رقم جديد " (نقض 1975/12/22 – مجموعة أحكام النقض- س26 – ص1646) وبأنه " إذ تنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من المادة 24 من قانون المرافعات على أنه " إذا كان الإجراء باطلا فى شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذى يبطل "

فهى تنظم انتقاص العمل الباطل بحيث إذا كان شق من الإجراء غير معيب ، فإنه يمكن أن يبقى صحيحا رغم تعيب الآخر ولا يرد هذا الانتقاص إلا على العمل الإجرائى المركب من أجزاء قابلة للتجزئة أو الانقسام دون العمل الإجرائى البسيط أو غير القابل للتجزئة أو الانقسام فتعيب شق من العمل الإجرائى من هذا النوع الأخير يؤدى إلى بطلان العمل الإجرائى كله " (الطعن رقم 698 لسنة 42ق – جلسة 1977/5/17) وبأنه " المطالبة القضائية لا تقطع التقادم طبقا للمادة 382 من القانون المدنى إلا إذا تمت بإجراء صحيح ، بحيث إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب فى الشكل فلا يترتب عليها أى أثر ولا تقطع التقادم " (نقض 1975/5/20 – مجموعة أحكام النقض – السنة 26- ص1017) وبأنه " متى كان المطعون عليه الذى لم يصح إعلانه بتقرير الطعن هو الخصم الحقيقى فى النزاع ، فإن بطلان إعلانه يترتب عليه بطلان الطعن بالنسبة إلى باقى المطعون عليهم " (الطعن رقم 698 لسنة 42ق – جلسة 1977/5/17)

أحكــام النقــض :

إعلان الطاعن صحيفة الدعوى المبتدأة إلى رئيس مجلس إدارة مشروع نقل الركاب بالمحافظة واستلام الموظف المختص له باعتبار المشروع من الأشخاص الاعتبارية الخاصة. مؤداه. صحة إعلان الممثل القانوني للمشروع بصحيفة الدعوى بمركز الإدارة. قضاء الحكم المطعون فيع ببطلان صحيفة الدعوى لعدم إعلانها بهيئة قضايا الدولة. خطأ ومخالفة. (الطعن رقم 8078 لسنة 64 ق – جلسة 2006/4/11)

إذا كان الثابت في الأوراق أن الطاعن الأول قد وجه إعلان صحيفة الدعوى الابتدائية إلى رئيس مجلس إدارة مشروع نقل الركاب لمحافظة الشرقية – المطعون ضده الأول – بمركز إدارة المشروع وتسلمه الموظف المختص، وكان ذلك المشروع من المشاريع الاستثمارية ذات الطابع الخاص ويعد من الأشخاص الاعتبارية الخاصة وليس جهة حكومية أو هيئة عامة، ومن ثم يكون إعلان ممثله القانوني بصحيفة الدعوى بمركز الإدارة صحيحاً ومنتجاً لآثاره، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى لعدم إعلانها للمطعون ضده الأول بهيئة قضايا الدولة فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه. (الطعن رقم 8078 لسنة 64ق جلسة 2006/4/11)

محاكم الاستئناف. اختصاصها بالطعون التي ترفع عن الأحكام الابتدائية الصادر من المحاكم الابتدائية ولو خالفت الأخيرة قواعد الاختصاص. علة ذلك. وجوب مراعاة نوع الحكم والجهة التي أصدرته في إجراءات الطعن فيه بغير اعتبار للمسألة التي صدر فيها، تعديل الاختصاص بعد قفل باب المرافعة في الدعوى. لا محل لإعماله. المادتان 1، 48 مرافعات.(الطعن رقم 5894 لسنة 64 ق جلسة 2004/7/12)

النص في المادتين 1 ، 48 من قانون المرافعات – مفاده أن الأحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم الابتدائية يطعن فيها أمام محاكم الاستئناف ولو خالفت المحاكم الابتدائية قواعد الاختصاص فإجراءات الطعن في الأحكام لا يراعى في اتباعها نوع المسألة التي صدر فيها الحكم ولكن نوع الحكم ذاته والجهة التي أصدرته، وأن تعديل الاختصاص لا محل لإعماله متى كان تاريخ العمل به بعد قفل باب المرافعات في الدعوى. (الطعن رقم 5894 لسنة 64 ق جلسة 2004/7/12)

التبرع بتقديم عقار لجهة إدارية لإقامة مشروع ذي نفع عام. اعتباره عقداً إدارياً مؤداه. خضوعه للقواعد والأحكام الخاصة الإدارية. عدم تعلق النزاع ببطلان العقد أو فسخه بعد انعقاده صحيحاً بين طرفيه ووفاء كل طرف بالتزامه بإقامة الإدارة لمدرسة على العقار المتصرف فيه وقيام المنازعة حول أحقية الطاعنين في استرداده بقالة إن جهة الإدارة لم يعد لها فيه حاجة بعد أن أقامت مدرسة بديلة على عقار آخر، إنعقاد الاختصاص بنظر النزاع لجهة القضاء العادي. علة ذلك. (الطعن رقم 3015 لسنة 64 ق جلسة 2003/11/23)

وإن كان التبرع بتقديم عقار لجهة إدارية لإقامة مشروع ذي نفع عام يعتبر في ذاته عقداً إدارياً تطبق عليه القواعد والأحكام الخاصة بالعقود الإدارية إلا أنه لما كان البين من الأوراق أن حقيقة المنازعة المطروحة على محكمة الموضوع لا تتعلق ببطلان هذا العقد أو بفسخه بعد أن انعقد صحيحاً بين طرفيه وأوفى كل منهما بالتزاماته فيه بإقامة الإدارة للمدرسة على الأرض المخصصة لها واستمرار الدراسة فيها لسنوات أصبح المبنى بعدها آيلاً للسقوط وإنما تقوم المنازعة حول أحقية الطاعنين في استرداد العقار المتصرف فيه على قالة أن جهة الإدارة لم يعد لها فيه حاجة بعد أن أقامت مدرسة بديلة على عقار آخر، لما كان ما تقدم وكان الثابت من الأوراق وبما لا خلاف عليه بين المتخاصمين أن الإدارة تسلمت أرض النزاع من مالكها وأقامت عليها مشروعاً ذي نفع عام ومن ثم فقد تحولت الأرض بهذا التخصيص للمنفعة العامة إلى مال عام انصبت الخصومة – في تكييفها الصحيح- حول أحقية الطاعنين عليه وهو ما تنعقد ولاية الحكم فيه لجهة القضاء العادي. (الطعن رقم 3015 لسنة 64 ق جلسة 2003/11/23)

الفصل في الاختصاص. قيامه على التكييف القانون لطلبات المدعين. دعوى المطعون ضدهم ببطلان تبايع الطاعنين أرضاً مملوكة للأولين. تكييفها الصحيح. دعوى بطلب عدم سريان التصرف في مواجهة مدعي الملكية، اقتضاء الفصل فيها بحيث تثبت ملكية المدعين للأرض أو نفيها عنهم. تقدير قيمتها بقيمة العقار الفقرتين الأولتين من المادة 37 مرافعات وما لحق بها من تعديلات. وجوب سريان القواعد المعدلة للاختصاص على الدعاوى المنظورة في ظلها، م1 مرافعات. (الطعن رقم 5939 لسنة 64 ق جلسة 2004/5/9)

لما كان الفصل في الاختصاص يقوم على التكييف القانون لطلبات المدعيين وكانت دعوى المطعون ضدهم ببطلان تبايع الطاعنين أرضاً مملوكة لهم هو في تكييفه الصحيح طلب الحكم بعدم سريان التصرف في مواجهتهم على أرض ادعوا ملكيتها، وهم وإن لم يطلبوا صراحة الحكم لأنفسهم بالملكية إلا أن بحثها مطروح ضمناً طالما تأسست دعواهم على ادعائهم لها، إذ يقضي الفصل في موضوع الدعوى بحث ما إذا كانوا مالكين للعين أو غير مالكين لها، كما أن القضاء في الدعوى مبني حتماً على ثبوت حق الملكية لهم أو نفيه عنهم، ومن ثم تقدر الدعوى وفق الفقرتين الأولتين من المادة 37 من قانون المرافعات وما لحق بهما من تعديلات أخذاً بمقتضى نص المادة الأولى من قانون المرافعات من وجوب سريان القواعد المعدلة للاختصاص على الدعاوى التي تنظر في ظله. (الطعن رقم 5939 لسنة 64 ق جلسة 2004/5/9)

صدور الحكم المستأنف قبل سريان التعديل الوارد بالقانون 23 لسنة 1992 المعدل لقانون المرافعات برفع الاختصاص القيمي للمحكمة الجزئية، اختصاص محكمة الاستئناف بنظر الطعن عليه. علة ذلك. انصراف التعديل إلى محاكم الدرجة الأولى وحدها. مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضاؤه بإحالة الاستئناف إلى المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية استناداً إلى التعديل المشار إليه. خطأ.(الطعن رقم 5894 لسنة 64ق جلسة 2004/7/12)

إذا كان البين من الأوراق أن الحكم الابتدائي صدر من محكمة بور سعيد الابتدائية بتاريخ 1991/1/27 فإن النعي عليه بالاستئناف يكون أمام محكمة الاستئناف وتكون هذه لمحكمة الأخيرة هي المختصة بنظره، ولا محل لإعمال التعديل الوارد بالقانون 23 لسنة 1992 برفع الاختصاص القيمي للمحكمة الجزائية بالحكم ابتدائياً في الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تتجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيهاً بدلاً من خمسمائة جنيه والمعمول به من 1992/10/1 لأن هذا التعديل ينصرف - بداهة - إلى محاكم الدرجة الأولى فقط، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضي بإحالة الاستئناف إلى محكمة بور سعيد الابتدائية "بهيئة استئنافية" استناداً إلى التعديل الوارد بالقانون 23 لسنة 1992 المشار إليه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. (قارن الطعن رقم 10155 لسنة 65 ق "تجاري" جلسة 2002/11/11) (قارن الطعن رقم 2265 لسنة 64 ق "تجاري" جلسة 2002/2/28)

الاختصاص بطلب الأمر الوقتي. انعقاده لمحكمة موطن المدعي عليه وما يتفق عليه المتخاصمان أو إلى رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى. عدم جواز قصر الاختصاص على واحدة منها على حساب الأخرتان أو مواجهة الخصم في أي منها بعدم اختصاص المحكمة محلياً. المادة 194 مرافعات قبل تعديلها بق 23 لسنة 1992. قضاء الحكم المطعون فيه بإلغاء الأمر الوقتي المتظلم منه قاصراً الاختصاص محلياً بإصداره على المحكمة التي اتفق المتخاصمان على اختصاصها دون الواقع بدائرتها موطن المدعي عليه. خطأ (الطعن رقم 1103 لسنة 64 ق جلسة 2004/4/11)

إذ كان الشارع فيما نص عليه في المادة 194 من قانون المرافعات قبل تعديلها بالقانون رقم 23 لسنة 1992 والمنطبقة على المنازعة المعروضة من أنه "في الأحوال التي يكون فيها للخصم وجه في استصدار أمر يقدم عريضة بطلبه إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة أو إلى رئيس الهيئة تنظر الدعوى.." ... أبقى الاختصاص بطلب إصدار الأمر الوقتي إلى المحكمة المختصة التي هي محكمة موطن المدعي عليه وما يمكن قد اتفق عليه المتخاصمان أو إلى رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى من غير أن يقصرها على واحدة منها على حساب الأخرتين ودون أن يواجه الخصم في أي منها بعدم اختصاص المحكمة محلياً بإصدار الأمر وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلغاء الأمر الوقتي المتظلم منه قاصراً الاختصاص محلياً بإصداره على المحكمة التي اتفق مقدماً على اختصاصها بالعقد المبرم بينهما والمؤرخ 1984/9/1 وهي محكمة .... الابتدائية دون تلك التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه فإنه يكون معيباً. (الطعن رقم 1103 لسنة 64 ق جلسة 2004/4/11)

سقوط الخصومة. ماهيته. جزاء فرضه الشارع على المدعي المتسبب في عدم السير في الدعوى بفعله أو امتناعه مدة ستة أشهر. م 134 مرافعات المعدلة بق 18 لسنة 1999، مناطه، إهمال المدعي أو تراخيه أو امتناعه عن السير بالخصومة دون مانع. قيام مانع قانوني. أثره. وجوب وقف تلك المدة لحين زوال المانع. علة ذلك. (الطعن رقم 6590 لسنة 72 ق - جلسة 2004/3/14)

سقوط الخصومة وفقاً لنص المادة 134 من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم 18 لسنة 1999 هو جزاء فرضه الشارع على المدعي الذي يتسبب في عدم السير في الدعوى بفعله أو امتناعه مدة ستة أشهر، فمناط إعمال هذا الجزاء هو الإهمال أو التراخي أو الامتناع عن السير بالخصومة حين لا يحول دون السير بها حائل، فإذا قام مانع قانوني أوقفت المدة حتى يزول المانع إذ لا يكون ثمة إهمال يصح استناده إلى المدعي.

وجوب وقف الدعوى المدنية بالمادة 265 أ.ج. شرطه. إقامة الدعوى الجنائية قبل أو أثناء السير في الدعوى المدنية. العلة منه. تفادي صدور حكمين مختلفين من محكمتين جنائية ومدنية عن ذات الواقعة. انتفاء هذه العلة بانقضاء الدعوى الجنائية بصدور حكم نهائي فيها أو بأي سبب آخر. مؤداه. زوال المانع القانوني لوقف الدعوى المدنية من تاريخ ذلك الانقضاء. أثره. للمدعي عليه طلب الحكم بسقوط الخصوم لعدم إعلانه بموالاة السير في الدعوى قبل مضي ستة أشهر من آخر إجراء صحيح فيها بفعل المدعي أو امتناعه سواء كان عدم السير راجحاًَ إلى حالة من حالات الوقف أو الانقطاع أو أي سبب آخر. علة ذلك. حساب هذه المدة من اليوم التالي للحكم بالوقف. المادتان 129، 134 مرافعات.

(الطعن رقم 6590 لسنة 72 ق جلسة 2004/3/14)

العلة التي هدف إليها نص المادة 265 من قانون الإجراءات الجنائية الذي اشترط لوجوب وقف الدعوى المدنية إقامة الدعوى الجنائية قبل أو أثناء السير في الدعوى المدنية تفادياً لصدور حكمين مختلفين عن ذات الواقعة من محكمة جنائية وأخرى مدنية تنتفي وفي جميع الأحوال بانقضاء الدعوى الجنائية بصدور حكم نهائي فيها أو لانقضائها لأي سبب آخر من أسباب الانقضاء ومنذ هذا التاريخ يزول المانع القانوني الذي أوقفت الدعوى المدنية من أجله وهو الأمر الذي يتسق مع عجز المادة 129 من قانون المرافعات فيما نصت عليه من أن الدعوى الموقوفة تستأنف سيرها بمجرد زوال سبب الوقف بحيث إذا لم يعلن المدعي خصمه بموالاة السير فيها ومضت مدة ستة أشهر من آخر إجراء صحيح وكان ذلك بفعل المدعي أو امتناعه جاز للمدعي عليه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة سواء كان عدم السير راجعاً إلى قيام حالة من حالات الوقف أو الانقطاع التي نص عليها القانون أو أي أسباب أخرى، ذلك أن نص المادة 134 من قانون المرافعات جاء عاماً يشمل جميع الحالات التي يقف فيها سير الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه، إذ أن سقوط الخصومة جزاء فرضه المشرع على المدعي الذي يتسبب في عدم السير في الدعوى بفعله أو امتناعه مدة ستة أشهر إذا طلب صاحب المصلحة إعمال ذلك الجزاء على أن تحسب المدة من اليوم التالي للحكم بالوقف متى كان عدم السير في الدعوى راجعاً إلى امتناع المدعي عن القيام بفعل كان يتعين عليه القيام به. (الطعن رقم 6590 لسنة 72 ق جلسة 2004/3/14)

إصابة المطعون ضدها نتيجة فعل غير مشروع تحرر بشأنه جنحة. إقامتها دعوى تعويض عن تلك الإصابة. اعتبار الخطأ مسألة مشتركة بين الدعويين الجنائية والمدنية ولازماً للفصل في كلتيهما. وجوب وقف الدعوى المدنية لحين الفصل في تلك المسألة. المواد 1/265، 456 أ. ج و 102 إثبات. قضاء المحكمة بوقف الدعوى تعليقاً لتقديم ما يفيد تصوف النيابة العامة في الجنحة ونهايته. صدور قرار النيابة بحفظ الدعوى الجنائية لانقضائها بوفاة المتهم قبل صدور حكم الوقف. أثره. زوال المانع القانوني من السير في الدعوى المدنية اعتباراً من اليوم التالي لذلك الحكم. قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدفع بسقوط الخصومة رغم تقاعس المطعون ضده عن تعجيل السير في الدعوى خلال الستة أشهر التالية لقرار الحفظ. خطأ. (الطعن رقم 6590 لسنة 72 ق جلسة 2004/3/14)

إذ كان الواقع الثابت في الدعوى أن الفعل غير المشروع الذي أدى إلى إصابة المطعون ضدهما قد نشأ عنه في الوقت ذاته جريمة تحرر عنها محضر الجنحة رقم ..... سنة ..... أطفيح وهو بعينه الخطأ المؤسس عليه طلب التعويض عن إصابتهما فيعتبر بالتالي هذا الخطأ مسألة مشتركة بين الدعويين الجنائية والمدنية ولازماً للفصل في كلتيهما فيتحتم على المحكمة المدنية أن توقف الدعوى المطروحة عليها حتى يفصل في تلك المسألة من المحكمة الجنائية عملاً بنص المادتين 1/265، 456 من قانون الإجراءات الجنائية والمادة 102 من قانون الإثبات وهو ما فعلته محكمة أول درجة تطبيقاً لهذه النصوص فأصدرت حكماً بوقف الدعوى تعليقاً بتاريخ 2000/1/29 لحين تقديم ما يفيد تصرف النيابة في قضية الجنحة وما يفيد نهائية قرار الحفظ وإذ ثبت من الشهادة الرسمية المقدمة من المطعون ضدهما أن النيابة العامة قررت بتاريخ 1998/5/3 حفظ الدعوى الجنائية لانقضائها بوفاة المتهم فإنه اعتباراً من اليوم التالي لذلك الحكم يكون المانع القانوني (المانع القانوني من السير في الدعوى المدنية) قد زال مما كان يتحتم معه على المطعون ضدهما اتخذ إجراءات السير في الخصومة خلال الأشهر الستة التالية للحكم وإذ تقاعس المطعون ضدهما عن تعجيل السير في الدعوى – على غير ما يحمله – حتى أعلنا به الطاعنة في 2000/3/12 بعد انقضاء المدة المقررة لسقوط الخصومة فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وقضى برفض الدفع بسقوط الخصومة يكون معيباً. (الطعن رقم 6590 لسنة 72 ق جلسة 2004/3/14)

المقرر أن إغفال البيان الخاص بتوقيع المحضر على صورة الإعلان متعلق بالنظام العام لان توقيع المحضر هو الذي يكسب الورقة صفتها الرسمية وكانت هذه الغاية ا تتحقق إلا باشتمال صورة الإعلان على التوقيع ولا يسقط البطلان بالحضور ولا بالنزول عنه ولا أن يكون الخصم حضر بالجلسة ولا يتمسك به . (نقض الطعن رقم 32 لسنة 50 ق – جلسة 1983/6/5)

مؤدى نص المادتين 9، 19 من قانون المرافعات يدل على أن أوراق المحضرين تخضع في تحريرها إجراءات معينة وبيانات خاصة حددتها المادة التاسعة ورتبت المادة 19 البطلان على عدم مراعاتها ، وأهم هذه البيانات التي يجب أن تشتمل عليها الورقة تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التي حصل فيها الإعلان ويعتبر تاريخ الإعلان بيانا جوهريا . وإذا كان يجب في صورة الإعلان أن تكون مطابقة للأصل متضمنة جميع البيانات المطلوبة في الورقة بخط يمكن قراءته – كتاريخ حصوله مثلا – بط الإجراء ولو كان الأصل صحيحا ، وكان البيان مكتوبا فيه بخط واضح ، ولا يجوز في هذه الحالة الرجوع إلى الأصل ، ذلك أن المقرر قانونا انه لا يجوز في هذه الحالة الرجوع إلى الأصل ، ذلك أن المقرر قانونا انه لا يجوز تكملة النقص في بيانات ورقة الإعلان بأى دليل آخر مستمد من غير الورقة ذاتها مهما بلغت قوة الدليل ، لما كان ذلك وكان البين من صورة إعلان الحكم الابتدائي إلى الطاعنة والمقدمة بملف الطعن الماثل أن المحضر حرر فيها تاريخ الإعلان بخط تسجيل قراءته ب ان ما خطه فيها بصدد هذا البيان لا يمكن أن يدل بذاته على كنه هذا التاريخ ومن ثم فإن هذا الإعلان يكون باطلا حتى ولو كان الأصل قد اشتمل على تاريخ الإعلان بخط واضح مقروء . (نقض – الطعن رقم 591 لسنة 40 ق – جلسة 1981/6/22)

المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – انه وإن كان الأصل في إعلان أوراق المحضرين القضائية هو أن تسلم إلى المعلن إليه نفسه أو في موطنه الاصلى ، وذلك ابتغاء ضمان اتصال علمه بها سواء بتسليمها إلى شخصه وهو ما يتحقق به العلم اليقيني أو بتسليمها في موطنه إلى احد المقيمين معه من الأزواج أو الأقارب أو الأصهار أو التابعين – المادة 10 من قانون المرافعات – وهو ما يتحقق به العلم الظني –

أو بتسليمها إلى جهة الإدارة التي يقع موطنه في دائرتها إذا لم يوجد من يصح تسليمها إليه على أن يرسل إليه المحضر في موطنه كتابا مسجلا يخبره فيه بمن سلمت إليه الصورة بحيث يعتبر الإعلان منتجا لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانونا – المادة 11 من ذات القانون – أو بتسليمها إلى القيادة العامة إذا لم يكن للمعلن إليه موطن معلوم في الداخل أو الخارج – المادة 13 من القانون المشار إليه – وهو ما يتحقق به العلم الحكمي ، إلا أن المشرع قد خرج على هذا الأصل بالنسبة لإعلان الأحكام ، إذا استوجب في المادة 213 من قانون المرافعات أن تعلن إلى المحكوم عيه لشخصه أو في موطنه الاصلى ، وذلك تقديرا منه للأثر المترتب على إعلان الحكم وهو بدء مواعيد الطعن ، الأمر الذي حرص المشرع من اجله على أحاطته بمزيد من الضمانات للتحقق من وصولها إلى علمه فعلا حتى يسرى في حقه ميعاد الطعن عليها مما مؤداه وجوب توافر علم المحكوم عليه في هذه الحالة بإعلان احكم علما يقينيا أو ظنيا ودون الاكتفاء في هذا الصدد بالعلم الحكمي واستثناء من الأصل المنصوص عليه في المواد 10 ، 11 ، 12 ، 13 من قانون المرافعات ولما كانت المحكمة التي توخاها المشرع من وجوب إخطار المعلن إليه في حالة تسليم صورة لإعلان للجهة الإدارة بكتاب مسجل هو إخباره بمن سلمت إليه الصورة حتى يسعى لتسليمها والعمل بها ، فإن هذه النتيجة لا تتحقق إذا ثبت أن الكتاب المسجل لم يصل للمعلن إليه ولم يسلم إليه ، وهو ما ينفى بذاته عن المعلن إليه العلم اليقيني أو الظني بإعلان الحكم فينبني على ذلك أن الأثر الذي رتبته المادة 11 من قانون المرافعات على تسليم الصورة لجهة الإدارة يفتقر في هذه الحالة إلى مجرد العلم الحكم بإعلان الحكم الأمر الذي لا تتوافر به الغاية التي استهدفها المشرع من الاستثناء والذي أورده نص المادة 213 من قانون المرافعات ، وبالتالي فإن الإعلان في هذه الحالة لا ينتج أثرا في هذا الصدد ، ولا يبدأ به ميعاد الطعن في الحكم ولا يسرى في حق المحكوم عليه ، لما كان ما تقدم وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المحضر عندما توجه لإعلان الطاعن بالحكم الابتدائي تبين عدم وجود من يصح تسليم الإعلان له فسلم الصورة إلى جهة الإدارة ووجه إليه كتابا مسجلا يخطره فيه بذلك بتاريخ .... إلا انه لم يرد إليه وإنما أعيد إلى الراسل حسبما ورد بالشهادة الرسمية الصادرة من الإدارة العام يزيد وسط القاهرة التي قدمها الطاعن لمحكمة الاستئناف

ومن ثم فإن هذا الإعلان لا ينتج أثرا أو لا ينفتح به ميعاد الطعن بالاستئناف بالنسبة للطاعن ، إذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بهذا الإعلان ورتب على ذلك قضاء بسقوط حق الطاعن في الاستئناف فانه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون (الطعن رقم 592 سنة 58 ق - جلسة 1993/2/7)

إذا كان النص في الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون المرافعات على أن ....وفى المادة 19 على أن ....يدل على انه يجب على المحضر خلال أربع وعشرين ساعة من تسليم ورقة الإعلان لجهة الإدارة أن يوجه للمعلن إليه خطابا مسجلا يخبره فيه بمن سلمت إليه الصورة وأن المشرع أراد من المحضر أن يثبت في حينه الخطوات التي يتخذها في إتمام الإعلان ضمان وصول ورقة الإعلان إلى المعلن إليه أو وصول الإخطار بمكان وجودها أن لم تصل إليه حتى يكون في ذلك رقابة على المحضر فيما يباشره من أعمال تترتب على إتمامها آثار قانونية مختلفة وجعل البطلان جزاء عدم مراعاة تلك الإجراءات لما كان ذلك وكان الثابت من اصل إعلان صحيفة الاستئناف وإعادة الإعلان أن المحضر قام بإعلانها لجهة الإدارة دون أن يوجه أى الطاعن خلال أربع وعشرين ساعة كتابا مسجلا يخطره فيه أن صورة الإعلان سلمت لهذه الجهة واثبت في محضريهما انه لم يرسل هذا الإخطار لعدم وجود طوابع بريدية ، فمن ثم يكون إعلان صحيفة الاستئناف قد وقع باطلا لتخلف هذا الإجراء الجوهري . (الطعن رقم 3731 لسنة 58 ق - جلسة 1993/6/20)

مؤدى نص المادة 10 من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يدل على أن الأصل في إعلان أوراق المحضرين أن تسلم الأوراق المراد إعلانها للشخص نفسه أو في موطنه ، فإذا لم يجد المحضر الشخصي المراد إعلانه في موطنه جاز تسليم الأوراق إلى احد أقاربه أو أصهاره بشرط أن يكون مقيما معه ، فإذا اغفل المحضر إثبات صفة من تسلم صورة الإعلان أو إغفال إثبات انه من أقارب أو أصهار المطلوب إعلانه المقيمين معه فانه يترتب على ذلك بطلان الإعلان طبقا لنص المادة 19 من قانون المرافعات ، لما كان ذلك وكان يبين من الصور الرسمية لاص صحيفة الاستئناف التي قدمها الطاعن أن المحضر اثبت فيها انتقاله إلى محل إقامة الطاعن ولم يجده لإعلانه بها فأعلنه بصورتها مخاطبا مع ابنه عمه ... دون أن يثبت انه مقيم مع الطاعن وكان يبين من الصور الرسمية لمحاضر جلسات الاستئناف أن الطاعن لم يمثل فيها أمام المحكمة ولم يقدم خلالها مذكرة بدفاعه إلى أن صدر الحكم المطعون فيه ، فان هذا الحكم يكون معيبا بالبطلان لصدوره بناء على إجراءات باطلة . (نقض 1980/1/28 - س31 - ج1- ص324)

لما كان المشرع لم يضع قواعد خاصة لإعلان صحف الدعاوى أو تعجيل السير فيها بعد الانقطاع فيسرى في شأنها القواعد العامة في إعلان الأوراق بمعرفة المحضرين ومنها ما تنص عليه المادة الحادية عشرة من قانون المرافعات ومضادها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الأصل في الإعلان أوراق المحضرين أن تسلم إلى الشخص أو في موطنه ، فإذا لم يجد من يصح إعلانهم عنهم أو امتنع عن التوقيع على اصل الإعلان أو عن استلام الصورة فيجب على المحضر أن يسلم الورقة في ذات اليوم إلى جهة الإدارة وان يخطر المعلن إليه بذلك بكتاب مسجل خلال أربع وعشرين ساعة ويعد غلق مسكن المطلوب إعلانه مما يندرج تحت حكم المادة الحادية عشرة ويوجب على المحضر تسليم الورقة إلى جهة الإدارة لأن غلق المسكن في هذه الحالة كشأن بقية الحالات التي تحول دون تسليم الإعلان على النحو الذي رسمه القانون فيسير حكمه لذات العة ولما كانت الحكمة التي توخاها المشرع من وجوب إخطار المعلن إليه في حالة تسليم صورة الإعلان لجهة الإدارة بكتاب مسجل هو إخباره بمن سلمت إليه الصورة حتى يسعى إلى تسلمها والعلم بها ، فإن مؤدى ذلك ضرورة إخطار كل من المعلن إليهم - ولو تعددوا - بكتاب مسجل مستقل لكل منهم حتى يتحقق العلم الظني أو الحكمي بذلك الإعلان اللازم لسير الخصومة ، فان قعد المحضر عن إخطار كل منهم بذلك الإعلان بكتاب مستقل فان إجراءات الإعلان تكون باطلة مما يؤثر في سلامة الحكم عملا بالمادة 1/19 من قانون المرافعات ، ذلك أن في قيام المحضر بإخطار المعلن إليهم جملة بكتاب واحد ما يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة إعلان كل منهم على النحو المقرر قانونا ، فان قضت محكمة الموضوع في الدعوى بناء على ذلك يكون حكمها باطلا قانونا حتى تمسك بذلك ذوى الشأن . (الطعن رقم 617 لسنة 59 ق - جلسة 1994/1/17)

إعلان الأوراق القضائية في النيابة بدلا من إعلانها لشخص المراد إعلانه أو في موطنه ، وان كان لا يصح اللجوء إليه قبل قيام المعلن بالتحريات الكافية الدقيقة عن محل إقامة المعلن إليه إلا أن بطلان الإعلان لعدم كفاية هذه التحريات لا يجوز أن يتمسك به إلا من شرع هذا البطلان لمصلحته ، ذلك أن بطلان الخصومة لعدم إعلان احد الخصوم إعلانا صحيحا هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بطلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقا بالنظام العام فلا يجوز لغير الخصم الذي بطل إعلانه الدفع به ولو كان له مصلحة في ذلك أو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة . (نقض جلسة 1982/12/9 - مجموعة أحكام النقض ، س33 رقم 205 ، ص1134)

إذا كانت المادة 178 من قانون المرافعات المعدلة بالقانون 13 لسنة 1973 قد أوجبت أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها والا كانت باطلة مقتضاه أن تبين المحكمة الوقائع والأدلة التي استندت إليها في حكمها وكونت منها عقيدتها بحيث تستطيع محكمة النقض أن تراقب ثبوت الوقائع ونادلة هذه الثبوت لتحقق من انه من الأدلة التي يصح قانونا بناء الحكم عليها ، وان تتحقق من تكييف الوقائع وثبوتها وسلاسة تطبيق القانون عليها للتيقن من انه من الأدلة التي يصح قانونا بناء الحكم عيها ومن أن ما أثير حوله من دفاع لا يؤثر فيه فإذا تعذر تعيين الدليل الذي كونت منه المحكمة اقتناعها بوجهة نظرها فان الحكم يكون قد عابه قصور يبطله . لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه انه اغفل كلية إيراد الحجج الواقعية والقانونية التي بنى عليها قضاءه بإلغاء الحكم الابتدائي والقضاء للمطعون ضده بالمبلغ الموضوع بمنطوقه ، وهى من البيانات الجوهرية التي يترتب على إغفالها بطلان الحكم لفقدانه شروط صحته مما يستوجب نقضه (الطعن رقم 866 لسنة 50 ق – جلسة 1981/2/15)

توجب المادة 178 من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم 13 لسنة 1973 أن يشتمل الحكم على أسبابه الواقعية من عرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهري الذي تتأثر به نتيجة النزاع ، ويتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، ورتبت البطلان جزاء على إغفالها أو القصور فيها ، ما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن منازعة طرفيه تدور حول المطالبة بقيمة سند إذني مؤرخ 1973/11/1 دفع بأنه حرر بمناسبة عملية تجارية وضمانا لها وهو موضوع يغاير وقائع الحكم المستأنف الذي يدور الخلاف بين طرفيه حول فوائد ما لم يدفع من الثمن مما تكون معه أسباب الحكم المطعون فيه قد خلت مما قدمه الخصوم من طلبات وأوجه دفاع أو دفوع وخلاصة ما استندوا إليه من الأدلة الواقعية مخالفا بذلك نص المادة 178 من قانون المرافعات مخالفة تستوجب نقضه . (الطعن رقم 494 لسنة 46 ق – جلسة 1980/3/4)

لما كانت المادة 178 من قانون المرافعات تستوجب أن يبين في الحكم أسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا فيه وحضروا تلاوته وترتب البطلان جزاء على عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروه ، وكان الثابت من بيانات النسخة الأصلية للحكم المطعون فيه أنها اشتملت على اسم رئيس الدائرة التي أصدرته وأحد أعضائها فقط دون العضو الثالث فانه يكون باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام ومن ثم يتعين نقض الحكم لهذا السبب . (الطعن رقم 196 لسنة 96 ق (أحوال شخصية) جلسة 2001/2/24)

النص في المادة الثانية من الدستور على أن " الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية " وفى المادة 165 منه على أن " السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفق القانون " وفى المادة 19 من قانون السلطة القضائية على أن " لغة المحاكم هى اللغة العربية وعلى المحكمة أن تسمع أقوال الخصوم أو الشهود الذين يجهلونها بواسطة مترجم بعد حلف اليمين " يدل على أن المشرع عد اللغة العربية من السمات الجوهرية والمقومات الأساسية التي ينهض عيها نظام الدولة ، مما يوجب على الجماعة بأسرها حكومة وشعبا بحسب الأصل الالتزام بها دون أية لغة أخرى كوسيلة للخطاب والتعبير في جميع المعاملات وشتى المجالات على اختلافها وحرص المشرع على تقنين هذا الحكم في مجال القضاء بإيجاد نص صريح جلى المعنى قاطع الدلالة في أن اللغة العربية هى المعتبرة أمام المحاكمة يلتزم بها المتقاضى والقاضي على السواء فيما يتعلق بإجراءات التقاضي أو الإثبات أو إصدار الأحكام وقد عالج هذا النص الحالة التي يتحدث فيها الخصوم أو الشهود بلغة أجنبية فأوجب ترجمة أقوالهم إلى اللغة العربية وحكمه يجرى كذلك على سائر المحررات المدونة بلغة أجنبية التي تساند إليها الخصوم فيتعين قبول هذه المحررات أن تكون مصحوبة بترجمة عربية لها لذات العلة : وتحقيقا للغاية التي استهدفها المشرع من الالتزام باستخدام اللغة العربية باعتبارها اللغة الرسمية للدولة وإحدى الركائز لأعمال سيادتها وبسط سلطانها على أراضيها مما يحتم على الجميع عدم التفريط فيها أو الانتقاض من شأنها على أية صورة كانت والقاعدة التي قننها المادة 19 من قانون السلطة القضائية بهذه المثابة تعد من أصول نظام القضاء المتعلقة بالنظام العام ، فيترتب على مخالفتها البطلان المطلق

ومن ثم يجوز للخصم التمسك بهذا البطلان كما يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وإذا خالف الحكم المطعون هذا النظر حين استند في قضائه بإلزام الشركة الطاعنة بتحرير عقد إيجار للمطعون ضده الأول عن الشقة موضوع النزاع إلى عقد إيجارها الاصلى الذي قدمه الأخير متخذا منه ركيزة أقام عيها قضاءه فيما ذهب إليه من صدور هذا اعقد من المالك السابق للعقار الكائن به الشقة المطعون ضده الثاني الذي تنازل عنها للمطعون ضده الأول باعتبارها مكتبا للمحاماة على الرغم من كونه محررا باللغة الفرنسية دون تقديم ترجمة عربية لبياناته ونصوصه التي عول عليها الحكم فانه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه (2333 لسنة 59 ق - جلسة 1994/1/16)

مؤدى نص المادة 178 من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم 13 لسنة 1973 أن المشرع أوجب على المحاكم أن تورد في أحكامها ما أبداه الخصوم من دفوع وما ساقوه من دفاع جوهري ليتسنى تقدير هذا وتلك في ضوء الواقع الصحيح في الدعوى ، ثم إيراد الأسباب التي تبرر ما اتجهت إليه المحكمة من رأى ورتب المشرع على القصور في الأسباب الواقعية بطلان الحكم ، كما انه يحكم ما الدفوع من أهمية بارزه في سير الخصومات أفراد لها المشرع الفصل الأول من الباب السادس من الكتاب الأول من قانون المرافعات مبينا كيفية التمسك بها وآثارها ، ومن ثم أوجب على المحاكم إيراد خلاصة موجزة لها - في إطلاق غير مقيد بوصف - خلافا لما وصف به الدفاع من أن يكون جوهريا على تقدير منه بتحقق هذا الوصف في كافة الدفوع بخلاف أوجه الدفاع التي قد يغنى بعضها عن البعض الآخر ، وينطوي الرد على أحداها على معنى اطراح ما عداها ثم استلزم القانون لسلامة الأحكام ان تورد الرد الواقعة الكافة على تلك الدفوع وعلى الجوهري من أوجه الدفاع مرتبا البطلان جزاء على تقصيرها في ذلك - لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق إن الطاعن قد دفع أمام محكمة الاستئناف ببطلان الصورة المعلنة من صحيفة الاستئناف لخلوها من البيانات الجوهرية المنصوص عليها في المادة التاسعة من قانون المرافعات وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه انه لم يشر إلى هذا الدفع ولم يفصل فيه فإنه يكون مشوبا بقصور من شأنه إبطال الحكم . (الطعن رقم 106 لسنة 59 ق - جلسة 1992/5/26)

إذا كان البين من الأوراق أن المطعون ضده ترك استئنافه الاصلى بعد انقضاء ميعاد الاستئناف وكان الحكم بقبول ترك الخصومة في الاستئناف الاصلى يستتبع القضاء ببطلان الاستئناف الفرعي وفقا نص المادة 239 من قانون المرافعات ، فان الحكم المطعون فيه إذا قضى بقبول ترك الخصومة في الاستئناف الاصلى وببطلان الاستئناف الفرعي المقام من الشركة الطاعنة لا يكون قد خالف القانون . (الطعن رقم 845 لسنة 43ق – جلسة 1976/11/29)

إجراءات استصدار عند توافر الشروط التي يتطلبها القانون إجراءات تتعلق بشكل الخصومة ولا تتصل بموضوع الحق المدعى به أو بشرط وجوده ، ومن ثم فان الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها إلى المحكمة مباشرة للمطالبة بدين تتوافر فيه شروط استصدار أمر الأداء هو في حقيقته دفع ببطلان الإجراءات لعدم مراعاة الدائن القواعد التي فرضها القانون لاقتضاء دينه ، وبالتالي يكون هذا الدفع موجها إلى إجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها ، وبهذه المثابة يكون من الدفوع الشكلية وليس دفعا بعدم القبول ما نصت عليه المادة 142 من قانون المرافعات السابق . (نقض – جلسة 1975/5/23 – مجموعة أحكام النقض – س23 – رقم 153 – 981)

تمثيل الولى الطبيعي لابنه فى الخصومة أمام محكمة أو درجة حتى صدور الحكم فيها ، بلوغه سن الرشد قبل إقامة الاستئناف ، رفع والده الطعن أثره عدم قبول الاستئناف لرفعه من غير ذي صفة ، لا ينال من ذلك إقرار المطعون ضده بالموافقة على إجراءات الاستئناف أو إصداره توكيلا لاحقا لوالده لمباشرة الخصومة في الاستئناف نيابة عنه . (الطعن رقم 10402 لسنة 66 ق – جلسة 1998/2/14)

الحكم بقبول ترك الخصومة في الاستئناف الاصلى ، أثره وجوب القضاء ببطلان الاستئناف الفرعي ، مادة 239 مرافعات (الطعن رقم 2427 لسنة 61 ق – جلسة 1999/5/10)

النص فى المادة 20 من قانون المرافعات على انه " يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسبب الغاية من الإجراء - ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه اذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء " يدل - وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية فى خصوص هذه المادة - ان المشرع قرر التفرقة بين حالة البطلان الذى يقرره القانون بعبارة صريحة منه وحالة عدم النص عليه ، فإذا نص القانون على وجوب إتباع شك معين أو أوجب أن تتضمن الورقة بيانا معينا وقرر البطلان صراحة لجزاء على عدم احترامه ، فان الإجراء يكون باطلا- وليس على من تقرر الشك لمصلحته من الخصوم إلا أن يثبت تحقيق غاية معينة فى الخصومة ، فالقانون عندما يتطلب شكلا معينا أو بيانا معينا قائما يرمى إلى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشك أو البيان ، فان من بين التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان ومؤدى ذلك إن ربط شكل الإجراء بالغاية منه إنما يستهدف جعل الشكل أداة نافعة فى الخصومة ، وليس مجرد قالب كالشكليات التى كانت تعرفها بعض القوانين القديمة ، هذا إلى أن الشك ليس هو الإجراء ، ذلك أن الإجراء أو العمل الاجرائى هو عمل قانونى يجب أن تتوفر فيه شروط معينة من بينها الشكل الذى يحدده القانون - وترتيبا على ما تقدم فانه إذا أوجب القانون توافر الشك أو بأن فى الإجراء فان مناط الحكم بالبطلان هو التفطن الى مراد المشرع من هذه البيانات وما يستهدفه من تحقيق غاية معينة (1980/5/10 - م نقض م - 31-1325)

لئن كان الشكل أو البيان وسيلة لتحقيق غاية معينة فى الخصومة وكان لا يقضى بالبطلان ولو كان منصوصا عليه ، إذا اثبت المتمسك ضده به ، تحقق الغاية عملا بالفقرة الثانية من المادة 20 مرافعات ، إلا أن التعرف على الغاية من الشكل أو البيان وتحديد ماهية هذا الغاية ، مسألة قانونية يتعين على محكمة الموضوع التزام حكم القانون بشأنها فإذا أجنحت عنها إلى غاية أخرى وانتهت فى حكمها إلى ثبوت تحقق الغاية ، ورتبت على ذلك رفض القضاء بالبطلان لتحقيق الغاية فان حكمها يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون (1983/4/10 طعن 1728 سنة 49 قضائية - م نقض م - 33-921)

النص فى الفقرة الثانية من المادة 20 من قانون المرافعات مفاده أن المشرع قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينه من توافر هذا الشكل .أو البيان ، فإذا ثبت تحقق الغاية رغم تخلف الشكل أو البيان فانه من التمسك بالتشكيلات القضاء البطلان (1986/2/20 طعن 1184 سنة 52قضائية - م نقض م - 37-الجزء الأول - 246) .

إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يعدو أن يكون من أوراق المحضرين ، يسرى عليه ما يسرى على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها فى قانون المرافعات والنص فى الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون المشار إليه على انه " لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء " وفى المادة 22 منه على أن " يزول البطلان إذ نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام مفاده أن المشرع وعلى ما أوضحته المذكرة الإيضاحية – قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة فالقانون عندما يتطلب شكلا معينا فإنما يرمى إلى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشكل أو البيان ، وإذا ثبت تحقق الغاية رغم تخلف هذا الشكل أو البيان فإن من التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان ، كما رأى المشرع أن يجيز لمن شرع البطلان لمصلحته أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا إلا إذا تعلق بالنظام العام (1977/3/1 طعن 569 لسنة 43 قضائية – م نقض م – 28 – 705 – 1985/1/29 طعن 2184 لسنة 51 ق – 1986/6/3 طعن 1252 /1269 سنة 52 قضائية – م نقض م – 37 – 643)

البطــلان في القانون المــدني

مـاهيــة البطـــلان

تعريف بالبطلان :

البطلان وصف يلحق بالتصرف القانونى المعيب بسبب مخالفته لأحكام القانون المنظمة لإنشائه فيجعله غير صالح لان ينتج أثاره القانونية المقصودة . (جميل الشرقاوى فى نظرية بطلان التصرف القانونى ط1956)

أو هو الجزاء القانونى على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها. (السنهورى بند298)

فالبطلان وصف ينصب على التصرف القانونى ، باعتبارها مصدر الآثار القانونية المقصودة به ، وهذا الوصف بمثابة الشرط الذى يحرك الجزاء الذى رتبه القانون وهو عدم نفاذ هذا التصرف . (عبد الحميد الشواربى ص816 فى الدفوع المدنية)

فالبطلان لا يترتب إلا نتيجة لمخالفة أوامر القانون المنظمة لإنشاء التصرف القانونى . وكل سبب يحدث لاحقا لإبرام التصرف ، فيؤدى إلى عدم ترتب آثاره عليه ، لا يمكن أن يكون سببا للبطلان ، مهما اشتبهت آثاره بآثار البطلان . (جميل الشرقاوى فى مصادر الالتزام ص215)

والجزاء الذى يرتبه القانون على بطلان التصرف ينصب على التصرف نفسه ، ولا ينصب على الأشخاص الداخلين فى العلاقة القانونية التى تستند إلى تصرف أو تصرفات باطلة . لذا لا يمكن اعتبار البطلان عقوبة لأن العقوبة لابد أن تقع على شخص طبيعى أو معنوى ، فالبطلان وصف للتصرف وجزاؤه يقع عليه .

مما سبق نخلص إلى أن البطلان وصف يلحق تصرفا قانونى معيبا لنشأته مخالفا لقاعدة قانونية تؤدى إلى عدم نفاذه – فالبطلان نظام جزاء مدنى القصد منه حماية القواعد القانونية الخاصة بإنشاء التصرفات القانونية ، وإنه يطبق على أنواع التصرفات التى لحقها العيب نتيجة مخالفة إحدى القواعد القانونية التى تضع مشروط إنشاء التصرف . والغاية منه منع ترتيب الآثار المقصود اتخاذها مادام لم يقم وفقا للقانون . (عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق ص1817)

الطبيعة القانونية للبطلان :

لقد اختلفت الآراء حول تعريف البطلان وأدى هذا الاختلاف فى تحديد الطبيعة القانونية له فهناك رأى قد ذهب إلى أن البطلان وصف يلحق بالتصرف القانونى .

وجزاء يلحق بالآثار ، وهناك رأى ثان يذهب إلى أنه مجرد جزاء يلحق بآثار التصرف أما الرأى الثالث فذهب إلى أن البطلان وصف يلحق التصرف المعيب غايته تحقيق جزاء معين هو مثل آثار التصرف القانونى .

مصدر البطلان :

أساس البطلان هو وجود عيب فيه ينتج عن مخالفته قاعدة قانونية .

وإذا كان البطلان وصفا ينصب على التصرف فيترتب عليه انعدام آثاره جميعا وبالنسبة للكافة ، فيجب أن يكون مصدر هذا الوصف قاعدة معلومة محددة قانونا ، وعلى هذا لا يصح أن يكون للأفراد حق إيجاد أسباب للبطلان لم يأت بها القانون ، لأن البطلان يكون نتيجة لمخالفة قاعدة القانون ، فالإرادة لا تستطيع إيجاد قاعدة قانونية .

إلا أن القانون لا يحوى دائما نصا يقضى ببطلان كل تصرف يخالف قواعده ، غير أنه يجوز للقاضى أن يقر فى كل حالة يبدو لزومه فيها رغم عدم النص ، وإذا تحقق المساس بكمال التصرف ، لأن فى ذلك تطبيقا للمبدأ العام الذى يقضى بأن أساس البطلان هو وقوع مخالفة لقاعدة قانونية من قواعد التصرف يترتب عليه تخلف أحد شروطه فيصبح معيبا ، ويعتبر البطلان نتيجة حتمية لهذا العيب ، فالتشريع لا يمكن أن يضم كل القواعد القانونية وعلى الأخص القواعد التفصيلية ، بل يترك جزءا كبيراً منها ليستخلص من المبادئ التى يضعها فى نص من نصوصه أو التى تستنتج من هذه النصوص . كما أن جزءا منها يتخلص من روح التشريع العامة . فيسمى فى هذه الحالة بالبطلان المستنتج .

أى أن القانون هو المصدر الأساسى للبطلان فقد ينص القانون على البطلان صراحة جزاء مخالفة أحكامه وقد لا يضع القانون جزاء صريحا على مخالفة أحكامه ويترك أمر تقدير تلك إلى القاضى ليستنبطه من النص القانونى .

وكما أن القانون مصدر للبطلان قد يكون الاتفاق كذلك مصدر للبطلان بأن يتفق الطرفان فى العقد على ترتيب البطلان جزاء إخلال أحدهما بالالتزامات الناشئة عنه .

فتنص المادة 1/147 مدنى على أن " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون " .

وعليه يكون الاتفاق مصدر للبطلان مثله فى ذلك مثل القانون .

تمييز البطلان عن غيره من الأنظمة :

(1) تمييز البطلان عن عدم النفاذ :

يتميز البطلان عن عدم نفاذ التصرف فى أن العقد الباطل عدم ، فلا ينتج أى أثر سواء فى حق المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، أما عدم نفاذ التصرف فلا يثور إلا بالنسبة إلى مدى سريان العقد فى حق غير طرفيه ، فالعقد قد يكون صحيحا بين طرفيه أو قابلا للإبطال لمصلحة طرف لم يستعمل حقه فى الإبطال ، ومع ذلك لا ينفذ فى حق الغير ، فالعقد الحقيقى فى الصورية صحيح نافذ بين طرفيه ولكنه غير نافذ فى حق المالك الحقيقى. (الشرقاوى فى نظرية البطلان بندى 24 و 511 – مرقص فى العقد بند 229)

وقد أورد المشرع خلاف بعدم النفاذ منها :

تصرف المدين المعسر (الدعوى البوليصية) :

تنص المادة (337) مدنى على أن " لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر عن مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه ، إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة فى إعساره ، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية " .

طبيعـــة الدعـــوى البـــوليصيـــة :

التصرف التدليسى هو أن يشارك المتصرف له المدين فى إجراء تصرف صورى أو فى إجراء تصرف حقيقى يجعله فى حالة إعسار بإخراج جزء من أملاكه من متناول دائنيه . فإذا كان التصرف بيعا فسبيل إبطاله هو الطعن المبنى على الصورية أو على الدعوى البوليصية ، وفى هذه الحالة الأخيرة يجب التمسك بأن الثمن وهمى أو بخس أو بأنه حقيقى ولكن المتصرف له اشترك مع المدين فى إخراج هذا الثمن كله أو بعضه من مجموعة أمواله حتى اصبح فى حالة إعسار لا يفى ماله بمطلوب غرمائه . والعبء فى إثبات إعسار المدين بالصفقة المطعون فيها يقع على الدائن " (1936/11/19 – م ق م – 173 – 649)

الفرق بين دعوى الصورية والبوليصية :

تختلف الدعوى البوليصية عن دعوى الصورية اختلافا جوهريا إذ الأولى لا توجه إلا إلى تصرف جدى إذ الأصل فيها أن المدين يقصد الأضرار بدائنيه بالإخلال بالضمان العام عن طريق إخراج أحد العناصر الإيجابية من ذمته المالية ، فى حين أن مبنى الطعن بالصورية هو أن التصرف غير جدى ، بما لازمه انه لا ينطوى على إخراج المال محل التصرف من ذمة المتصرف ، ويلاحظ فى هذا الصدد أن القول بالتواطؤ أو الغش أو قصد الإضرار بالدائن وان ورد فى نطاق الدعوى البوليصية الا أنه لا يفيد الصورية ، بل أن قصد الإضرار بالدائن أو التواطؤ قد يكون هو الدفع إلى جدية التصرف . ويترتب على هذا الفارق العام أنه لا يجوز للدائن أن يتمسك بصورية التصرف بعد أن كان تمسك فى شأنه بعدم بالدعوى البوليصية لأن تمسكه بهذه الدعوى ينطوى على إقراره بجديته ولذلك يجب عليه أن يتمسك أولا بالصورية فإن فشل كان له أن يتمسك النفاذ أى البوليصية ولكن العكس غير جائز وان كان ليس ثمة ما يمنع من أن يتمسك بالأمرين فى دعوى واحدة على أن يكون تمسكه بالصورية كطلب أصلى وتمسكه بعدم النفاذ كطلب احتياطى .

وقد قضت محكمة النقض بأن : بمقتضى المادة 143 من القانون المدنى (قديم) يجوز للدائن أن يطعن على تصرف مدينه لإبطاله إما بالدعوى البوليصية وإما بدعوى الصورية . والدعويان وان كانتا تتفقان من ناحية أن أساس إبطال التصرف فيهما هو الإضرار بالغير الا أنهما تختلفان من حيث توجيه الطعن ومن حيث الغرض . ففى الدعوى البوليصية يكون الطعن على التصرف من ناحية جديته ويكون الغرض من الطعن إعادة ملك المدين إليه لامكان التنفيذ عليه واستيفاء الدائن حقه منه . أما فى دعوى الصورية فالطعن يكون بعدم جدية التصرف لمحو العقد الظاهر وإزالة كل اثر له وتقرير ان العين لم تخرج من يد المدين بحيث إذا كان قد تلقاها عنه آخر أو نفذ عليها دائن له كان ذلك صحيحا " (1940/12/12 – م ق م – 3 – 757 ، وبنفس المعنى فى 1959/1/22 – م نقض م – 10 – 64) . وبأنه " وإن كان الطعن بالدعوى البوليصية يتضمن الإقرار بجدية التصرف والطعن بالصورية يتضمن إنكار التصرف ... مما يقتضى البدء بالطعن بالصورية الا انه ليس ثمة ما يمنع من إبداء الطعنين معا إذا كان الدائن يهدف بهما إلى عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه . لما كان ذلك ، وكان الثابت من مذكرة المطعون ضدها الأولى أمام محكمة الدرجة الأولى أنها تمسكت بالدعويين معا ، إذ طلبت الحكم بعدم نفاذ عقد البيع الصادر إلى الطاعنة من مورث باقى المطعون ضدهم تأسيسا على أنها دائنة له وان العقد الصادر الى الطاعنة من مورث باقى المطعون ضدهم تأسيسا على أنها دائنة له وان العقد الصورى محض وقصد به تهريب أمواله وعلى فرض انه جدى فإنه إنما عقد للأضرار بحقوقها كدائنة وتنطبق عليه شروط المادتين 237 و238 من القانون المدنى ولما استأنفت تمسكت بدفاعها المتقدم ذكره ، وبالتالى فان طلب الصورية كان معروضا على محكمة الدرجة الأولى وإغفالها الفصل فيه لا يجعله طلبا جديدا أمام محكمة الاستئناف " (1974/4/29 – م نقض م – 25 – 773) . وبأن " دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين هما دعويان مختلفتان فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذى صدر من المدين صورى بغية استبقاء المال الذى تصرف فيه فى ملكه ، فإن أخفق جاز له الطعن فى العقد الحقيقى بدعوى عدم نفاذ التصرف فى حقه ، بغية إعادة المال إلى ملك المدين ، كما أنه يجوز للدائن كذلك فى الدعوى الواحدة أن يطعن فى تصرف مدينه بالدعويين معا على سبيل الخبرة ، فيحاول إثبات الصورية أولا فإن لم ينجح انتقل إلى الدعوى الأخرى " . (1971/2/25 – م نقض م – 23 – 288) .

وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتعديل الحكم الابتدائى فيما قضى به من بطلان عقد البيع لثبوت صوريته إلى عدم نفاذ العقد فى حق الدائن ، فإنه يكون قد قضى ضمنا بصحته وإلغاء البطلان الذى حكم به الحكم الابتدائى ومن ثم فان النعى عليه بأنه رفض القضاء للطاعن بصحة عقده يكون على غير أساس " (1971/2/25 – م نقض م – 22 – 228) . وبأنه " لمن يطعن على التصرف بالبيع الخيار بين استعمال دعوى الصورية أو الدعوى البوليصية حسبما يتحقق بأيهما غرضه ، فإن كان قد اختار الدعوى بالصورية ورأت المحكمة صحة دعواه وقضت له بطلباته وكانت مع ذلك قد عرضت فى أثناء البحث إلى الدعوى البوليصية وتكلمت عنها فذلك منها يكون تزيدا " (1979/2/28 فى الطعن رقم 368 لسنة 45ق) .

شــروط الدعـوى البوليصيــة :

تعرضت المادة 337 للشروط الواجب توافرها فى حق الدائن الذى يستعمل الدعوى ، والشروط الواجب توافرها فى التصرف المطعون فيه ، فاشترطت أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، وسابقا على التصرف المطعون فيه ، وان يلحق الدائن ضرر من جراء التصرف المطعون فيه كما اشترطت فى التصرف المطعون فيه أن يكون مفقرا وان يتسبب فى إعسار المدين . أما الشروط الواجب توافرها فى المدين والمتصرف إليه فقد تكفلت بها المادة 338 حيث اشترطت الغش والتواطؤ .

فيشترط فى حق الدائن الذى يستعمل الدعوى أن يكون حال الأداء :

وفى ذلك تختلف الدعوى البوليصية عن الدعوى غير المباشرة . يستتبع هذا الشرط بداهة أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع ، ويكون الحق مستحق الأداء ما من دام غير معلق على شرط واقف أو مقترن بأجل واقف ، أما إذا كان معلقا أو مقترنا بشرط أو أجل فاسخ فإنه يكون مستحق الأداء ما لم يتحقق الشرط أو يحل الأجل ، وإذا ما تحقق هذا الشرط فإنه يستوى بعد ذلك أن يكون الحق عينيا أو شخصيا أو مضمونا بحق عينى تبعى ، ولا يلزم أن يكن معين المقدار فيجوز للمضرور فى العمل غير المشروع أن يستعمل الدعوى البوليصية قبل تقدير التعويض رضاء أو قضاء ، كما لا يلزم أن يكون الحق ثابتا فى سند تنفيذى ، كما لا عبرة بمصدر الحق (يراجع فى ذلك كله السنهورى بندى 571 ، 572 – غانم بند 74 – جمال زكى بند 406 – مرقص بند 679) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : "حق الدائن فى طلب إبطال تصرفات مدينه الضارة به يثبت له متى أصبح دينه محقق الوجود . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليه الثانى بإبطال كتاب الوقف قد أقام قضاءه على انه وقد قضى بتثبيت ملكية المطعون عليه سالف الذكر إلى نصيبه المطالب بريعه فى الأطيان المتروكة عن مورثه والتى وقفتها زوجة هذا الأخير إضرارا بدائنيها فيكون دينه يتجمد هذا الريع قد أصبح ثابتا فى ذمة الواقفة من تاريخ وفاة مورثه ومن ثم يكون محقق الوجود قبل إنشاء الوقف المطلوب الحكم بإبطاله فإن هذه الذى قرره الحكم لا خطأ فيه " (1951/4/19 0 م نقض م – 169 – 649) .

ويشترط أن يكون حق الدائن سابقا فى نشوئه على صدور التصرف المطعون فيه:

وهذا الشرط نتيجة حتمية لاشتراط الغش فى جانب المدين من جهة ، واشتراط إضرار التصرف بالدائن من جهة أخرى ، والعبرة فى سبق حق الدائن على تصرف المدين بتاريخ نشوء حق الدائن لا بتاريخ استحقاقه ولا بتاريخ تعيين مقداره ولا بتاريخ الفصل فى النزاع حولهما ، ويترتب على ذلك أن الدائن بحق معلق على شرط واقف يستطيع بعد تحقق الشرط أن يطعن فى تصرف صدر فى تاريخ سابق على تحقق الشرط ما دام كان لاحق لنشأة الحق ، كما يستطيع المدين الذى تأكد وجود حقه بالحكم لصالحه فى المنازعة التى أثارها معه المدين أن يطعن فى تصرف المدين الصادر خلال هذه المنازعة لان الحكم بثبوت حقه مقر لهذا الحق وليس منشئا له . وإذا كان الأصل أنه يجب أن يكون حق الدائن سابقا فى نشأته على التصرف المطعون فيه الا انه يجوز استثناء للدائن الذى لم يبرم التصرف المنشئ لحقه الا فى تاريخ لاحق للتصرف لم يبرم على وجه التخصيص والإفراد الا إضرارا به باعتباره دائنا مستقبلا ، كالشأن فى تصرف المدين الذى يتم أثناء سعيه للحصول على قرض بقصد استيفاء المال محل التصرف من مثل الدائن عن نشوء حقه (غانم بند 76 – جمال زكى بند 406) . والعبرة بتاريخ إبرام التصرف لا بتاريخ شهره إذا كان من التصرفات الواجبة الشهر فإذا كان التصرف المطعون فيه بيعا كانت العبرة بتاريخ انعقاد عقد البيع لا بتاريخ تسجيله .

ويقع عبء إثبات سبق تاريخ نشأة الحق على تاريخ صدور التصرف المطعون فيه على عاتق الدائن ، وهو يجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات إذا لم يكن مصدر حقه تصرفا قانونيا بأن كان عملا غير مشروع أو فعلا نافعا أو أية واقعة أخرى يرتب عليها القانون نشأة حقه ، أما إذا كان مصدر حقه تصرفا قانونيا فإنه يتقيد فى إثبات هذا التصرف بالقواعد العامة فى الإثبات . أما عن مدى لزوم ثبوت تاريخ هذا المحرر ثبوتا رسميا ، فإنه يتعين التفرقة بين ما إذا كان التصرف المطعون فيه له تاريخ ثابت أم لا . فإذا كان للتصرف المطعون فيه تاريخ ثابت أسبق من التاريخ الثابت للتصرف المطعون فيه أما إذا لم يكن لسند الدائن تاريخ ثابت فلا يعتد بكون التاريخ الذى يحمله اسبق من التاريخ الثابت للتصرف المطعون فيه الا أن يثبت سوء نية المتصرف إليه بثبوت علمه وقت التصرف بوجود حق الدائن وذلك كله تطبيق للمادة 15 من قانون الإثبات . أما إذا لم يكن للتصرف المطعون فيه تاريخ ثابت وكان تاريخ سند الدائن سابقا عليه سواء كان ثابتا أو غير ثابت تحقق الشرط ما لم يثبت المتصرف إليه عدم صحة تاريخ سند الدائن ، وإن كان تاريخ سند الدائن لاحقا عليه تخلف الشرط ما لم يثبت عدم صحة تاريخ التصرف . والراجح فى الفقه أن الدائن لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة الى تاريخ التصرف المطعون فيه فيكون هذا التاريخ حجة عليه إلى أن يثبت عدم صحته (يراجع فى تفصيل ذلك مرقص بند 685 وفى أتصول الإثبات بند 68 – وفى مقاله عن قوة المحررات العرفية فى الإثبات وحجية تاريخها على الوارث الذى يطعن فيها بصدورها فى مرض الموت والمنشور بمجلة القانون والاقتصاد س 14 ص287 وما بعدها – السنهورى فى الجزء الثانى بند 583 وهامش بند 119 – الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات الطبعة الثانية بند 130 – إسماعيل غانم هامش بند 76 – جمال زكى بند 406) .

ويشترط أن يكون التصرف فيه مفقرا :

فيجب ابتداء أن يكون التصرف المطعون عليه تصرفا قانونيا فيخرج من نطاق الدعوى إعمال المدين المادية ، ولو ترتب عليها التزامات عليه كالشأن فى العمل غير المشروع ، ويجب أن يكون هذا التصرف مفقرا ولكن لا يقتصر المقصود بذلك كما كان الشأن فى ظل القانون الملغى على التصرفات التى تؤدى إلى إخراج قيمة مالية من ذمة المدين بل يشتمل كذلك التصرفات التى تزيد من التزاماته . آما إذا كان تصرف المدين لا يؤدى إلى إخراج قيمة مالية من ذمته أو زيادة التزاماته فإنه يخرج من نطاق الدعوى البوليصية كالشأن فى امتناع المدين عن زيادة حقوقه برفضه قبول هبة . فإذا كان التصرف مفقرا على النحو السالف أمكن الطعن فيه سواء كان من العقود الملزمة للجانبين أو من العقود الملزمة لجانب واحد وسواء كان معاوضة أو تبرعا (السنهورى بند 577 – غانم بند 69 – جمال زكى بند 407 – مرقص بند 681) .

كما يجب أن يكون التصرف المطعون فيه ضارا بالدائن :

وهو ما لا يتحقق إلا إذا كان التصرف المطعون فيه قد ورد على مال كان الدائن يستطيع استيفاء حقه منه فان كان مما لا يجوز الحجز عليه ، أو كان مستغرقا بحق عينى تبعى للغير ، أو كان التصرف تنازلا من المدين عن حق متصل بشخصه كالحق فى التعويض عن الضرر الأدبى تخلف الشرط . ويترتب على ذلك أنه إذا استوفى الدائن حقه أثناء نظر الدعوى فقدت الدعوى شرط قبولها وقد طبق المشرع ذلك فى المادة 241 (غانم بند 75 – مرقص بند 682 – السنهورى بند 580) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : متى ثبت أن البيع قد انعقد بقصد وفاء دين على المبيع يضمنه رهن سابق على نشوء حق دائن آخر ، ويربو على قيمة العين المبيعة فذلك ينفى ركن الإضرار بالدائن الأخير من ناحية وافقار المدين من ناحية أخرى وينتهى تبعا مصلحة هذا الدائن فى طلب إبطال هذا البيع " (1946/1/13 – م ق م – 176 – 65) .

ولا يحول تسجيل التصرف أو نفاذ الحوالة من الطعن عليهما بالدعوى البوليصية .:

وقد قضت محكمة النقض بأن " ... لا يغير من هذا شيئا أن يكون التصرف مسجلا فإن تسجيله لا يحول دون أن يدفع دائنه فى مواجهة المتصرف اليه الذى يطلب تثبيت ملكيته استنادا الى عقده المسجل بالدعوى البوليصية وليس من شأن تسجيل التصرف ان يغير من طريقة اعمال هذه الدعوى ولا الاثار المترتبة عليها " (1950/3/30 – م ق م – 171) وبأنه " استيفاء الحوالة لشروط نفاذها فى حق المدين أو فى حق الغير بقبولها من المدين أو اعلانه بها طبقا للمادة 305 من القانون المدنى لا يمنع من الطعن عليها بالدعوى البوليصية المنصوص عليها فى المادتين 237 ، 238 من القانون المدنى متى توافرت شروطها وذلك لاختلاف موضوع ونطاق كل من الدعويين " (1975/12/8 – م نقض م – 26 – 1580) .

كما يشترط فى التصرف المطعون فيه أن يؤدى إلى إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره :

والمقصود الإعسار الفعلى لا الإعسار القانونى ، ويتحقق الإعسار الفعلى بأن تكون أموال المدين غير كافية لسداد ديونه المستحقة وغير المستحقة ، فى حين أن الإعسار القانونى لا يحكم به إلا إذا كانت أمواله لا تكفى لسداد ديونه الحالة وحدها . ولا يكفى أن يكون المدين ، ولكن طرأ بعد إبرامه ما جعل المدين معسرا لم يتحقق الشرط . ويقع على عاتق الدائن عبء إثبات الإعسار وإلا انتفت مصلحة الدائن فى رفعها (يراجع فى ذلك السنهورى بند 586 حتى 859 – غانم بند 70 – مرقص بند 684 – جمال زكى بند 470) . ويذهب الفقه إلى أنه إذا تركز حق الدائن فى عين مملوكة للمدين فتصرف فيها الأخير أمكن اعتبار هذا التصرف مسببا لإعسار المدين ولو كانت لديه أموال أخرى كالشأن فيمن يشترى عقارا بعقد عرفى فيبيعه البائع إلى آخر بعقد مسجل (السنهورى هامش بند 588 – مرقص بند 684) ولكن محكمة النقض قد استقر قضاؤها فى هذه الصورة على أن العبرة فى الأفضلية فى البيوع المتتالية الصادرة من نفس البائع عن نفس العين بالأسبقية فى التسجيل دون نظر إلى الغش أو سوء النية أو التواطؤ أو قصد الإضرار بالمشترى الآخر .

وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كان الحكم قد قرر عقد البيع موضوع النزاع هو عقد صحيح لم يشبه البطلان ولم يقصد منه الإضرار بالدائنين لعدم توافر شروط الدعوى البوليصية إذ لم يثبت إعسار المدين ولأن نشوء الدين كان لاحقا لعقد البيع ، فان هذا الذى أورده الحكم لا يقتصر على نفى توافر شروط الدعوى البوليصية بل يقيد كذلك نفى مظنة الصورية على وجه الإطلاق " (1954/6/10 – م ق م – 190 – 652) وبأنه " لما كان الحكم المطعون فيه قد اثبت أن الطاعن كان يستهدف بطعنه بعدم نفاذ التصرف الصادر إلى المطعون ضده الثانى إلى إجراء المفاضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون ضده المذكور المسجل فان ذلك الطعن – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يكون غير منتج فى التخلص من آثار هذا العقد المسجل والمطعون فيه الدعوى البوليصية حتى ولو كان المطعون ضده الثانى بوصفه متصرفا له والمتصرف سيئ النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان الطاعن من الصفقة . ومن ثم يكون ما يعيبه الطاعن على الحكم من إغفال تحقيق طعنه على عقد المطعون ضده الثانى بالدعوى البوليصية لا جدوى منه فى خصوص هذه الدعوى " . (1969/6/26 – م نقض م – 20 – 1084) .

تقـــادم دعــوى البوليصيــة

تنص المادة 243 مدنى على أن " تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف – وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه . وقد جعل القانون هذه الدعوى تتقادم بهذه المدة القصيرة حتى لا يبقى مصير التصرف الصادر من المدين معلقا مدة طويلة حرصا على استقرار المعاملات . وتسرى مدة الثلاث سنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف . لأن الدائن قد يعلم بصدور التصرف ولكن لا يعلم بالأسباب التى تستتبع عدم نفاذه فى حقه ، فيجب إذن لسريان هذا التقادم القصير أن يعلم الدائن لا بصدور التصرف المطعون فيه من مدينه فحسب بل يعلم أيضا بإعسار مدينه وبالغش الواقع من هذا المدين . فإذا لم تتوافر شروط التقادم القصير ، فإن الدعوى تتقادم طبقا للقواعد العامة بمضى خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه .

أثر الدفع بالدعوى البوليصية فى دعوى صحة التعاقد :

فى حالة علم الدائن بالدعوى المرفوعة من المتصرف إليه على المدين المتصرف بصحة ونفاذ التصرف يجوز له التدخل فيها مستعملا الدعوى البوليصية ، وبعد أن تحقق المحكمة توافر شروطها . فإذا انتهت إلى عدم توافرها تقضى برفض التدخل وصحة ونفاذ العقد . أما إذا انتهت إلى توافرها ، تقضى بصحة ونفاذ التصرف محملا بحق الدائن المتدخل فى التنفيذ على المبيع باعتبار أن الدعوى البوليصية لا تمس صحة التصرف ونفاذه فيما بين المتصرف إليه والمدين وإنما يترتب عليها فقد عودة المبيع إلى الضمان العام للدائن بحيث يحق له التنفيذ عليه بدينه وان كان هناك رأى يرى أن تقضى المحكمة بعدم قبول الدعوى حتى ترد بذلك مضار تصرف المدين سئ النية قصد به إضرار دائنيه وحتى لا تعرض مصالح الدائنين للخطر فى حالة بيع المتصرف إليه العقار إلى آخر حسن النية .

كيفية استعمال الدعوى البوليصية :

وقد قضت محكمة النقض بأن " قضاء محكمة النقض قد جرى على جواز التمسك بالدعوى البوليصية كدفع فى الدعوى التى يطلب فيها نفاذ التصرف " (1952/2/14 – م ق م – 172 – 649) . وبأنه " القول بأن الحكم بإشهار الإفلاس لا يحول دون مباشرة أحد دائنى المفلس الدعوى البوليصية وأن له تبعا أن يطعن فى الحكم الصادر فيها – هذا القول مردود بأنه حتى ان جاز لدائن المفلس أن يرفع بعد الحكم بإشهار إفلاس مدينه الدعوى البوليصية بطلب إبطال تصرف صدر منه ، فليس يستتبع هذا أن يكون له فى حالة ما إذا تولى وكيل جماعة الدائنين إقامة الدعوى صفة فى أن يطعن هو فى الحكم الصادر فيها بطريق النقض إذا تقاعس وكيل جماعة الدائنين عن استعمال هذا الحق " (1951/3/29 – م ق م – 48 – 1087) .

آثـــار الدعـــوى البوليصيـــة

تنص المادة 240 من القانون المدنى على أنه " متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضرارا بهم " .

وتنص المادة 241 مدنى على أنه " إذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإيداعه خزانة المحكمة .

فالدعوى البوليصية إذن ليست فى حقيقتها سوى دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين الضار بدائنه فى حق هذا الدائن . ويترتب على ثبوت الدعوى أن الحق الذى تصرف فيه المدين يعتبر أنه لم يخرج من ضمان الدائن فيستطيع الدائن أن ينفذ عليه بحقه ، ويستفيد من ذلك جميع الدائنين فيشتركون جميعا فى اقتضاء حقوقهم بالتنفيذ على هذا المال متى استوفوا شروط الدعوى البوليصية وكانت حقوقهم سابقة على التصرف المطعون فيه .

هذا عن أثر الدعوى بالنسبة للدائن . أما بالنسبة للمدين المتصرف والمتصرف إليه فإن هذه الدعوى لا تؤثر فى العلاقة بينهما فيظل التصرف قائما منتجا لكل آثاره القانونية إلا ما يتعارض منها مع عدم نفاذ العقد فى حق الدائنين ، فإذا كان التصرف بيعا بقى الشئ المبيع ملكا للمشترى وبقى المشترى ملتزما بدفع الثمن – بالرغم من قابليته للتنفيذ عليه وفاء لديون هؤلاء الدائنين – إلا أنه يحق لهذا المشترى الرجوع على البائع بضمان التعرض والفسخ إذا لم ينتظر التنفيذ فعلا على ذلك المال ، أو الرجوع بضمان الاستحقاق إذا تم التنفيذ فعلا وبيع المال .

هل يجوز الطعن بالدعوى البوليصية مع الطعن بالصورية أثناء نظر دعوى صحة التعاقد ؟

وان كان الطعن بالدعوى البوليصية يتضمن الإقرار بجدية التصرف والطعن بالصورية يتضمن إنكار التصرف – مما يقتضى البدء بالطعن بالصورية – الا أنه ليس ثمة ما يمنع من إبداء الطعنين معا إذا كان الدائن يهدف بهما الى عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه . لما كان ذلك وكان الثابت من مذكرة المطعون ضدها الأولى أمام محكمة الدرجة الأولى أنها تمسكت بالدعويين معا إذ طلبت الحكم بعدم نفاذ البيع الصادر إلى الطاعنة من مورث باقى المطعون ضدهم تأسيسا على أنها دائنة له وأن العقد صورى محض ويقصد به تهريب أمواله وعلى فرض أنه جدى فإنه إنما عقد للأضرار بحقوقها كدائنة وتنطبق عليه شروط المادتين 237 ، 238 من القانون المدنى ولما استأنفت تمسكت بدفاعها المتقدم ذكره وبالتالى فإن طلب الصورية كان معروضا على محكمة الدرجة الأولى وإغفالها الفصل فيه لا يجعله طلبا جديدا أمام محكمة الاستئناف . (نقض مدنى جلسة 1974/4/29 لسنة 25 ص773) .

أحكـــام النقــض :

أنه لما كانت الدعوى البوليصية يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين فى حق دائنه كان من الجائز اثارتها كدفع للدعوى التى يرفعها المتصرف اليه بطلب نفاذ هذا التصرف ولا يلزم أن ترفع فى صورة دعوى مستقلة ولا يغير من هذا شيئا أن يكون التصرف مسجلا فإن تسجيله لا يحول دون أن يدفع دائنه فى مواجهة المتصرف اليه الذى يطلب تثبيت ملكيته استنادا الى عقده المسجل بالدعوى البوليصية وليس من شأن تسجيل التصرف أن يغاير من طريقة اعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها. (نقض مدنى جلسة 1950/3/30 طعن رقم 114 سنة 8ق مجموعة القواعد القانونية الجزء الأول ص 649 بند 171)

أن قضاء محكمة النقض قد جرى على جواز التمسك بالدعوى البوليصية كدفع فى الدعوى التى يطلب فيها نفاذ التصرف . (نقض مدنى جلسة 1952/2/14 طعن رقم 72 سنة 20ق مجموعة القواعد القانونية الجزء الأول ص649 بند 172) .

التصرف التدليسى هو ان يشارك المتصرف له المدين فى اجراء تصرف صورى أو اجراء تصرف حقيقى يجعله فى حالة اعسار باخراج جزء من أملاكه عن متناول دائنيه فإذا كان التصرف بيعا فسبيل ابطاله هو الطعن المبنى على الصورية أو على الدعوى البوليصية وفى الحالة الأخيرة يجب التمسك بأن الثمن وهمى أو بخس أو بأنه حقيقى ولكن المتصرف له اشتراك مع المدين فى اخراج هذا الثمن كله أو بعضه من مجموعة أمواله حتى اصبح فى حالة اعسار لا يفى ماله بمطلوب غرمائه – والعبء فى اثبات اعسار المدين بالصفقة المطعون فيها يقع على الدائن . (نقض مدنة جلسة 1936/11/19 طعن رقم 14 سنة 6 ق مجموعة للقواعد القانونية الجزء الأول ص649 بند رقم 173) .

حق الدائن فى طلب ابطال تصرفات مدينه الضارة به يثبت له متى أصبح دينه محقق الوجود . (نقض مدنى جلسة 1951/4/19 لسنة 18 ق مجموعة القواعد القانونية الجزء الأول ص649 بند 169) .

الدعوى البوليصية ليست فى حقيقتها الا دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين الضار بدائنه فى حق هذا الدائن وبالقدر الذى يكفى الوفاء بدينه . (نقض مدنى جلسة 1951/4/19 الطعن رقم 180 سنة 18ق مجموعة القواعد القانونية الجزء الأول ص649 بند 170) .

ليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود . بل هى دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عينى ولا يؤول بمقتضاها الحق العينى اليه أو الى مدينه – بل انها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية ألى المدين – وانما ترجع العين فقط الى الضمان العام للدائنين . (نقض مدنى جلسة 1972/6/13 لسنة 23 عدد ثان 1105) .

النص فى المادة 238 من القانون المدنى على أن المشرع اشترط لعدم نفاذ التصرف بعوض أن يثبت الدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف اليه على الاضرار بحقوق الدائن لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ويكفى لاعتبار الغش متوافرا أن يثبت علم كل من المدين والمتصرف اليه باعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه. (نقض مدنى جلسة 1978/5/8 لسنة 29 عدد أول ص1185) .

أنه وان كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة ألا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبدا ذلك أن العقد الباطل يظل معدوما فلا ينقلب من الزمن صحيحا وانما تتقادم الدعوى به – فلا تسمع بعد مضى المدة الطويلة أما اثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم لأنه دفع و الدفوع لا تتقادم فإذا كان الحكم قد انتهى إلى البطلان سند الدين بطلانا مطلقا فان ذلك يكفى لتقرير نتيجته اللازمة قانونا وهى عدم تقادم الدفوع بهذا البطلان بغير حاجة للاشارة الى ذلك صراحة أو الرد على ما يتمسك به الدائن فى هذا الصدد . (نقض مدنى جلسة 1957/4/11 مجموعة القواعد القانونية الجزء الثالث ص248 بند 19) .

مفاد نص المادتين 237 ، 238 من القانون المدنى ان الغش الواقع من المدين وحده فى عقود المعاوضات لا يكفى لابطال تصرفه بل يجب اثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الاضرار بحقوق الدائن لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرف عليها وأن يثبت أن الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه . (نقض مدنى جلسة 1971/4/27 لسنة 22 عدد ثان ص565) . (نقض مدنى جلسة 1972/12/4 لسنة 24 عدد ثالث ص1213) .

الدعوى البوليصية ليست فى حقيقتها – وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين اضرار بدائنه – ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين . بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما . (نقض مدنى جلسة 1972/6/13 لسنة 23 عدد ثان ص1105) .

الدعوى البوليصية ليست دعوى بطلان بل هى فى حقيقتها دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين المعسر اضرارا بدائنه ، وهى بذلك تتضمن اقرار بجدية تصرف المدين فلا يسوغ أن يطلب فيها الغاء هذا التصرف ولا يمس الحكم الصادر فيها صحته به يظل هذا التصرف صحيحا قائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره ولا يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى المدين وانما ترجع فقط الى الضمان العام للدائنين ، اما دعوى الصورية فتقوم على طلب بطلان التصرف لعدم جديته ويستهدف فيها المدعى محو العقد الظاهر وازالة كل أثر له وصولا إلى التقرير بأن العين محل التصرف لم تخرج من مالك المدين . (نقض مدنى جلسة 1981/5/20 السنة 32 جزء ثان ص1549) .

للمشترى الذى لم يسجل عقده بوصفه دائنا للبائع بالتزام نقل الملكية أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل عقده صورية مطلقة وفقا لصريح نص المادة 244 القانون المدنى ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد واثبات بقاء ملكية العقار لمدينه البائع فيحكم له هو بصحة عقده ويسجل هذا الحكم فتنتقل اليه ملكية العين المبيعة ، وهذا أمر لا يتحقق له عن طريق الدعوى البوليصية التى يقتصر الحكم فيها على عدم نفاذ تصرف المدين المعسر اضرارا بحقوق دائنيه ولا يترتب على هذا الحكم أن تعود ملكية العين الى البائع المدين بعد خخروجها بالعقد المسجل بل ترجع الى الضمان العام للدائن وطالما كانت الملكية لا ترتد الى ملك المدين البائع فلن يتسنى له تنفيذ التزامه بنقل الملكية الى المشترى منه بعقد لم يسجل . (نقض مدنى جلسة 1981/5/13 لسنة 22 عدد ثان ص1549) .

الدعوى البوليصية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ليست فى حقيقتها الا دعوى عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين اضرارا بدائنه ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة أثاره القانونية بينهما ، وليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة القانونية بين العقود بل هى دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عينى ولا يؤول بمقتضاها الحق العينى اليه او مدينه بل أنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية الى المدين وإنما ترجع العين فقط الى الضمان العام للدائنين . (نقض مدنى جلسة 1982/5/13 لسنة 33جزء أول ص508)

.

تقدير الدليل على التواطؤ والعلم باعسار المدين هو من المسائل الموضوعية التى تدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون معقب متى أقامت قضاءها على اسباب سائغة لها أصل ثابت فى ألأوراق وتؤدى الى النتيجة التى انتهت اليها . (نقض مدنى جلسة 1978/5/8 لسنة 29 عدد اول ص1185) .

إذا استلزم القانون لسريان التصرف على الغير اتباع اجراءات معينة كاشتراط ثبوت التاريخ . ولم تتم هذه الاجراءات حتى صدور حكم اشهار الافلاس فانها لا تسرى فى مواجهة جماعة الدائنين ز ولما كانت المادة 15 من قانون الاثبات قد نصت على أن المحرر العرفى لا يكون حجة على الغير فى تاريخه إلا أن يكون له تاريخ ثابت فإذا لم يكتسب العقد الذى صدر من المفلس تاريخا ثابتا قبل صدور حكم شهر الافلاس فانه لا يحتج به فى مواجهة جماعة الدائنين وهو ما يتفق والحكمة التشريعية التى تغياها المشرع من اشتراط ثبوت التاريخ بالنسبة للغير وهى منع ما يقع فى المحررات العرفية عن طريق تواريخها غشا واضرارا بالغير . (نقض مدنى جلسة 1980/12/22 لسنة 31 ص2078) .

الصـــوريـــة

تنص المادة 244 على أن " إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم . وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين " .

المقصـــود بالصــورية :

يقصد بالصورية أن يتفق الطرفان على إجراء تصرف ظاهر غير حقيقى يخفى حقيقة العلاقة بينهما ، أو هى اصطناع مظهر كاذب فى تكوين تصرف قانونى فهى تتضمن مهما كان الشكل الذى تتخذه وجود اتفاق خفى يزدوج بالاتفاق الظاهر ليعدم أو يغير أو ينقل أثاره (جمال ذكرى بند 416) فهى على هذا النحو تتميز عن التدليس المعيب للرضا فى أنها تقوم على تواطؤ الطرفين فلا يغش أحدهما الآخر كما تتميز عن التزوير لأن كلا الطرفين عالم بها ومن ثم لا يجوز الطعن فى عقد بالتزوير لصوريته ، وهى تتميز عن التحفظ الذهنى فى أنه يستقل به أحد العاقدين بإظهار إرادة وإبطائه أخرى ، وهى تختلف عن الاتفاق اللاحق على تعديل عقد سابق أو العدول عنه إذ فى هذه الحالة يوجد عقدان حقيقيان وهى تنتفى كلما وجد عقد جدى ولو كان طرفاه قصدا به الوصول إلى غرض آخر فوق الغرض المباشر من العقد كتصرف المدين تصرفا جديا إضرارا بدائنيه ، وهى لا تقوم إذا أفصح الطرفان فى العقد الظاهر عن العقد المستتر كالشأن فى البيع مع التقرير بالشراء عن الغير لأن شرط الصورية أن يبقى العقد المستتر الحقيقى سرا بين الطرفين . (السنهورى بند 615) وإذا كان أكثر ما تكون الصورية فى العقود إلا أنها قد تكون فى التصرف من جانب واحد إذا كان موجها إلى شخص معين كالتنازل عن حق عينى أو الإبراء من دين كما قد تكون فى أحكام رسو المزاد (السنهورى بند 66 – غانم بند 86 – ويراجع الدكتور أحمد مرزوق فى رسالته عن نظرية الصورية فى التشريع المصرى ص5 وما بعدها وص89 وما بعدها) .

اختلاف دعوى الصورية عن الدعوى البوليصية :

بمقتضى المادة 143 من القانون المدنى (قديم) يجوز للدائن أن يطعن على تصرف مدينه لإبطاله أما بالدعوى البوليصية وأما بدعوى الصورية . والدعويان وأن كانتا تتفقان من ناحية أن أساس إبطال التصرف فيها هو الإضرار بالغير إلا أنهما تختلفان من حيث توجيه الطعن ومن حيث الغرض . ففى الدعوى البوليصية يكون الطعن على التصرف من ناحية جديته ، ويكون الغرض من الطعن إعادة ملك المدين إليه لامكان التنفيذ عليه واستيفاء الدائن حقه أما فى دعوى الصورية فالطعن يكون بعدم جدية التصرف لمحو العقد الظاهر وإزالة كل أثر له ، تقرير أن العين لم تخرج من يد المدين بحيث إذا كان قد تلقاها عنه آخر أو نفذ عليه دائن له كان ذلك صحيحا . وإذن فلمن يطعن على التصرف أن يتخير من هاتين الدعويين الدعوى التى يتحقق بها غرضه . فإن كان قد اختار الدعوى بالصورية ، ورأت المحكمة صحة دعواه وقضت له بطلباته ، وكانت مع ذلك قد عرضت فى أثناء البحث إلى الدعوى البوليصية وتكلمت عنها فذلك منها يكون تزيدا لا يستوجب نقض الحكم . ثم أن لمدعى الصورية أن يضم إلى طلب ملكيته للأرض موضوع الدعوى طلب إبطال التصرف الذى حصل فيها . وفى هذه يكون الحكم بثبوت الملك للمدعى وبإبطال التصرف لثبوت صوريته سليما ، ثم أنه إذا كان الحكم مؤسسا على الصورية فإن البحث فى أسبقية دين نازع الملكية (الطاعن بالصورية) على التصرف لا يكـون لـه مـحل" (1940/12/12 – م ق م – 3 – 757 وراجع حكمها الصادر فى 1954/6/10 – م ق م – 6 – 757) . وبأنه " لمن يطعن على التصرف بالبيع الخيار بين استعمال دعوى الصورية أو الدعوى البوليصية حسبما يتحقق بأيهما غرضه فإن كان قد اختار الدعوى بالصورية ورأت المحكمة صحة دعواه وقضت غرضه فإن كان قد اختار الدعوى بالصورية ورأت المحكمة صحة دعواه وقضت له بطلباته وكانت مع ذلك قد عرضت فى أثناء البحث إلى الدعوى البوليصية وتكلمت عنها فذلك منها يكون تزيداً " (1979/2/28 الطعن رقم 368 لسنة 45ق) . وبأنه " العلة فى وجوب أن يطعن الدائن بدعوى الصورية أولا حتى إذا أخفق فيها كان له أن يطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف بما لا يتفق مع الدفع بالصورية بعد ذلك بحيث يجوز للدائن فى الدعوى الواحدة أن يطعن فى تصرف مدينه بالصورية وبدعوى عدم نفاذ التصرف معا على سبيل الخبرة فيحاول إثبات الصورية أولا ثم ينتقل إن هو أخفق فيها إلى عدم النفاذ " (1977/5/4 فى الطعن 5 لسنة 43ق) .

أنــواع الصـــورية :

الصورية قد تكون مطلقة ، وقد تكون نسبية ، والأخيرة قد يكون بطريق التستر ، وقد تكون بطريق المضادة وقد تكون بطريق التسخير . ويقصد بالصورية المطلقة التى تتناول وجود التصرف ذاته فيكون التصرف الظاهر لا وجود له فى الحقيقة ولا يخفى تصرفا آخر حقيقيا والصورية بطريق التستر تتناول نوع العقد أى تكييفه دون وجوده كالحال فى ستر الهبة وهى التصرف الحقيقى الخفى فى صورة عقد بيع ظاهر ، والصورية بطريق المضادة لا تتناول وجود العقد ولا تكييفه وإنما تتناول ركنا فيه أو شرطا من شروطه كالبيع الذى يذكر فيه ثمن أقل أو أكبر أو تغيير تاريخ العقد ، أما الصورية بطريق التسخير فتتناول شخصية أحد المتعاقدين ويقصد بها اخفاؤها تحت اسم شخص آخر يظهر فى العقد أما إذا كان الاتفاق قد تم بين العاقد الحقيقى وبين الغير الذى يظهر اسمه بدلا منه فى العقد دون أن يعلم بذلك الطرف الآخر فى العقد ، فهذه هى صورة الاسم المستعار وهى صورة من صور الوكالة حيث يعير الوكيل اسمه إلى الموكل فى التصرف الذى يبرمه لصالح الأخير فيكون التصرف جديا نافذا بين الوكيل والمتصرف معه ولكن آثاره تنصرف الى الموكل فى خصوص علاقة هذا الأخير بالوكيل (يراجع التعليق على المادتين 106 ، 713 – ويراجع فيما تقدم السنهورى بند 609 حتى 613 – جمال زكى بند 416 – غانم بند 85 – الدكتور أحمد مرزوق فى رسالته عن نظرية الصورية فى التشريع المصرى ص100 وما بعدها) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الصورية النسبية التى تخفى على إخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلا على القانون يترتب عليه بطلان البيع طبقا للمادة 465 من القانون المدنى . وهذه الصورية النسبية لا تنتفى بانتفاء الصورية المطلقة أو بتخلف شروط الدعوى البوليصية كلها أو بعضها لاختلافها عنهما أساسا وحكما . فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قصر ببحثه عن ما تمسك به الخصم من أوجه دفاع تتعلق بصورية عقد البيع صورية مطلقة بالتواطؤ بين طرفى هذا العقد للأضرار بحقوقه وأغفل بحث دفاع الخصمان إخفاء الرهن وراء البيع مع أنه دفاع جوهرى لو صح لتغير وجه الرأى فى الدعوى . فإن الحكم يكون قاصرا فى التسبيب بما يبطله ويستوجب نقضه . (1966/12/6 – م نقض م – 17 – 1770) . وبأنه " صورية تاريخ العقد صورية نسبية تنصب على التاريخ وحده فلا تتعداه إلى العقد ذاته . فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصحة ونفاذ العقد على أسبقية تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى على تاريخ تسجيل عقد الطاعن ولم يعول على تاريخ عقد المدعى

فإن صورية تاريخ هذا العقد لا أثر لها فى الدعوى" (1966/3/24 – م نقض م – 17 – 723) . وبأنه " متى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى بطلان البيع الصادر من الطاعن إلى المطعون عليه الأول أقام قضاءه على انتفاء الصورية المطلقة بناء على ما ثبت للمحكمة من أن للعقد المطعون فيه كيانا حقيقيا ، ولم يتعرض لما تمسك به الطاعن من أن الوصف الحقيقى لهذا العقد هو أنه ليس بيعا كظاهر نصوصه وإنما هو رهن مستتر للأطيان المبنية فيه تأمينا لما عساه أن يدفعه عنه المطعون عليه الأول مما يفيد أن الطاعن إنما أسس دعواه على الصورية النسبية دون الصورية المطلقة ، فإن هذا الحكم يكون قد أخطأ فى تكييف الدعوى وشابه القصور " (1954/3/11 – م ق م – 64 – 765) وبأنه " إذا كان يبين من الوقائع التى أثبتها الحكم المطعون فيه أن الطاعنين اقروا بصدور البيع فعلا من البائع وانحصر النزاع فى شخص المشترى دافع الثمن إذ تمسكوا بأنه هو مورثهم بينما تمسكت المطعون عليها بظاهر العقد وإنها هى التى قامت بأداء الثمن فإن هذا النزاع القائم حول شخصية المشترى لا يستقيم معه القول بأن العقد منعدم لصوريته صورية مطلقة " (1961/3/23 – م نقض م – 12 – 260) . وبأنه " لا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بأن صورية عقد البيع محل النزاع هى صورية نسبية ولا تعدو ستر التبرع الذى كان مقصودا بهذا العقد " (1956/6/7 – م نقض م – 7 – 701)

لا توجد الصورية إلا إذا كانت إرادة الطرفين لم تنصرف فى أى وقت أنصرافاً جدياً إلى التصرف الظاهر :

إذا كانت الصورية تفترض وجود تصرف ظاهر وآخر مستتر لمحوه أو تعديله ، فلا توجد الصورية إلا إذا كانت إرادة الطرفين لم تنصرف فى أى وقت انصرافا جديا إلى التصرف الظاهر ، وإنما كانت متجهة من بادئ الأمر إلى محو أثاره أو التعديل فيها فإن لازم ذلك أن يكون كل من التصرفين متعاصرين ولو لم يحرر الاتفاق المستتر إلا فى وقت لاحق ، أما إذا أبرم الطرفان عقدا جديا ثم اتفقا بعد ذلك على العدول عنه أو التعديل فيه فإن ذلك يعتبر اتفاقا جديدا لا تتحقق به الصورية . (غانم بند 86) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : " إذا استخلص الحكم المطعون فيه مما أورده الخبير فى تقريره أن الإقرار اللاحق للعقد محل الدعوى الموصوف بأنه عقد بيع بات إنما ينصب على هذا العقد واستنتج الحكم من عبارات هذا الإقرار – بما لا خروج فيه على المعنى الظاهر لها – أن العقد وأن كان فى ظاهره بيعا ألا أن طرفيه قصدا به فى الحقيقة منذ البداية إلى أن يكون ساتر لرهن حيازى فإن الحكم لا يكون قد أخطأ ، إذ يكفى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – فى اعتبار الإقرار المذكور ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالعقد وان اختلف تاريخهما " (1974/4/9 – م نقض م – 25 – 658) .

هل تصرف المالك لأولاده استجابة لقانون الإصلاح الزراعى يعد صورياً ؟

تصرف المورث فى الأطيان الزائدة إلى أولاده استجابة لقانون الإصلاح الزراعى لا يعد بيعا صوريا ، ومن ثم فإن القول بعدم تحميل التركة ريع تلك الأطيان باعتباره دينا عليها ، يكون على غير أساس " (1972/11/29 – م نقض م – 23 – 1295) .

الصورية ترد على الأحكام :

الصورية كما تكون فى العقد يصح أن تتصور فى الأحكام وبخاصة مرسى المزاد التى لا تتعدى مهمة القاضى فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه . (1941/12/11 – م ق م – 48 – 763) .

أثــر الصــورية :

الصورية ليست بذاتها سببا للبطلان أو الأبطال إذ التصرف الصورى غير موجود ، فيقتصر أثرها فى حالة الصورية المطلقة على اعتبار أن تصرفا لم يبرم بين الطرفين ، وفى حالة الصورية النسبية على الاعتداد بالتصرف الحقيقى فهو الذى يكون محل البحث من حيث شروط الانعقاد والصحة والنفاذ فإذا أخفى المتعاقدان الهبة فى صورة عقد بيع لم يكن ذلك سببا لبطلان تعاقدهما وإنما ينحصر أثره فى إجراء أحكام الهبة على التصرف دون أحكام البيع . وتكون العبرة إذن من حيث المشروعية والبطلان بالتصرف الحقيقى المستتر فإذا كان العقد الظاهر يخفى عقدا مخالفا للقانون كان هذا العقد الأخير باطلا ولكن هذا البطلان لا يرجع إلى الصورية وإنما يرجع إلى إنزال حكم القانون على العقد الحقيقى الذى اتجهت إليه إرادة العاقدين ، ولذلك فإن البطلان لا ينال العقد الحقيقى المستتر ما دام مشروعا (غانم بند 78 - السنهورى بند 618 ، 619 وراجع فيه تطور اختلاط الصورية بالغش - جمال زكى بند 417 - مرقص بند 697) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الدعوى بصحة ونفاذ العقد – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هى دعوى موضوعية تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية ، وهو ما يقتضى أن تبحث المحكمة فيها موضوع العقد وصحة البيع وتتحقق من استيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ويتسع لبحث كافة ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه وصحته أو بطلانه ومنها أنه صورى صورية مطلقة ، فمن شأن هذه الصورية أن صحت أن ينعدم بها وجود العقد قانونا وهو ما يحول دون الحكم بصحته ونفاذه ، إذا كان للمشترى الذى لم يسجل عقده أن يتمسك – باعتباره من العين – بصورية التصرف الصادر من البائع له إلى مشتر آخر صورية مطلقة ولو كان التصرف مسجلا ليتوصل بذلك إلى محوه من الوجود ليحكم له هو بصحة عقده " (1978/11/29 – فى الطعن رقم 712 لسنة 45ق) . وبأنه " إذ كان المطعون فيه قد قضى بصورية التفاسخ – عن عقد البيع الأول – الذى تضمنه عقد الصلح المبرم بين طرفى هذا العقد . بعد أن بحث أركان عقد البيع المذكور وشروطه وتحقق من صحته وتوافر أركانه ونفاذه بين عاقديه ، فإنه يكون ذلك قد قضى ضمنا بصحة ذلك العقد ، الذى رتب عليه القضاء بصحة عقد البيع الثانى الصادر من المشترية الأولى إلى المشترى الأخير .

(1971/3/18 – م نقض م – 22 – 347) . وبأنه " إذ كان الحكم المطعون قد انتهى إلى اعتبار عقد الطاعنين – المشترين الآخران – صوريا صورية مطلقة ، فإن مؤدى ذلك ألا يكون لهذا العقد وجود فى الحقيقة ، وبالتالى فلم يكن هناك ما يدعو الشفعاء إلى توجيه طلب الشفعة إلى الطاعنين عملا بنص المادة 938 من القانون المدنى ولا على الحكم أن هو لم يتعرض لدفاع الطاعنين فى هذه الخصوص " (1970/4/14 – م نقض م – 21 – 618) . وبأنه " إذ يبين الحكم المطعون فيه أن المحكمة انتهت فى حدود سلطتها التقديرية إلى أن عقد مورث الطاعنين صورى صورية مطلقة وأن الأطيان التى وضع اليد عليها استنادا إلى هذا العقد لا زالت باقية على ملك المطعون عليها الثانية البائعة صوريا ورتب على ذلك انتفاء نية الملك لدى الطاعنين ومورثهم من قبل فإنه يكون قد التزم صحيح القانون إذ أن وضع اليد فى هذه الحالة لا يعدو أن يكون مظهرا من مظاهر ستر الصورية ولا يؤدى إلى كسب الملكية مهما طالت مدته " (1976/3/23 – م نقض م – 27 – 728) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد أورد الأدلة السائغة التى تؤدى إلى صورية عقد الطاعن صورية مطلقة وانتهى إلى القول بأن لا محل للمفاضلة بين هذا العقد الباطل وبين عقد المطعون عليها إذا لا تتأتى المفاضلة إلا بين عقدين صحيحين ، فإنه يكون قد رد ضمنا على ما أثاره الطاعن بشأن صورية عقد المطعون عليها مطرحا هذا الوجه من دفاعه " (1973/6/26 – م نقض م – 24 – 1967) . وبأنه " قبول طلب بطلان الإجراءات – فى التنفيذ العقارى – يتوقف على قبول استحقاق العقار . وإذ رفض الحكم المطعون فيه هذا الطلب الأخير لصورية عقد البيع الصادر لمورث الطاعن فإنه ينبنى على ذلك انتفاء صفة الحائز عنه وعدم أحقيته فى طلب بطلان الإجراءات " (1971/6/10 – م نقض م – 22 – 748) .

هــل للبــاعث تأثــير علــى الصــورية ؟

مؤدى عموم نص المادة 244 من القانون المدنى أن المناط فى جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر الصورى هو حسن نيته ولا يعتد فى ذلك بالباعث على الصورية سواء كان مشروعا أم غير مشروع وعلة ذلك أن إجازة التمسك بالعقد الظاهر استثناء وارد على خلاف الأصل الذى يقضى بسريان العقد الحقيقى الذى أراده المتعاقدان وقد شرع هذا الاستثناء لحماية الغير الذى كان يجهل وجود هذا العقد وانخدع بالعقد الظاهر فطمأن إليه وبنى عليه تعامله على اعتقاد منه بأنه عقد حقيقى" (1965/12/20 – م نقض م – 16 – 1385) .

وبأنه " الباعث الذى أورده مدعى الصورية ليس من شأنه وحده رفض دعواه " (1949/12/1 – م ق م – 1 – 756) وبأنه " إذا كانت محكمة الموضوع قد أثبتت فى حكمها أن البيع كان متفقا على حصوله بين البائع والمشترى ، ثم قضت بعد ذلك بصورية عقد البيع على أساس أنه كان لمناسبة معينة ولغرض خاص ، فإن قضاءها يكون خاطئا إذ أن ما أثبتته يفيد جدية البيع من حيث هو ولا يتفق مع القول لأن الصورية تقتضى أن يكون العقد لا وجود له فى حقيقة الواقع " (1942/3/26 – م ق م – 40 – 762) .

ولا يلتزم فيها توافر سوء النية أو قصد الإضرار :

ومن جهة فإن إجراء التصرف بسوء نية وبقصد الإضرار بالغير لا يفيد صوريته على ما أوضحنا آنفا فى التفرقة بين دعوى الصورية والدعوى البوليصية وقد قضت محكمة النقض بأن " الحكم بصورية العقد لا يستلزم إثبات سوء نية الطرفين فيه . ومع ذلك إذا كان الحكم قد استظهر هذا الأمر فلا يصح تعيينه به " (1939/5/11 – م ق م – 2 – 756) .

مدى تأثير التسجيل أو ثبوت التاريخ على الصورية :

وقد قضت محكمة النقض بأن "يجوز لمن كسب من البائع حقا على المبيع – كمشتر ثان – أن يثبت بكافة طرق الإثبات صورية البيع الصادر من سلفة صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القائمة فى سبيل تحقيق أثر عقده ، ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا ، فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصورى عقدا جديا كما أن التسجيل لا يكفى وحده لنقل الملكية بل لابد أن يرد على عقد جدى ، ويعتبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة إلى التصرف الصورى الصادر من البائع له على مشتر آخر" (1973/6/26 – م نقض م – 24 – 967) . وبأنه " إذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة فإنه يكون باطلا ولا يترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلا إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقدا باطلاً " (1965/5/27 – م نقض م – 16 – 655) . وبأنه " متى كان العقد صوريا فإنه لا يكون له وجود قانونا ، فتسجيله وعدمه سيان ، ولكل دائن أن يتجاهله رغم تسجيله ولو كان دينه لاحقا له " (1946/4/25 – م ق م – 15 – 759)

وبأن " العقد الصورى يعتبر غير موجود قانونا ولو سجل فإذا طلب مشتر بعقد غير مسجل الحكم على البائع بصحة التعاقد وابطال البيع الآخر الذى سجل عقده واعتباره كأن لم يكن لصوريته المطلقة فقضت له المحكمة بذلك بناء على ما ثبت لها من صورية العقد المسجل فإنها لا تكون قد أخطأت ولو كان العقد العرفى غير ثابت التاريخ وكان تاريخه الحقيقى لاحقا لتاريخ العقد المسجل " (1943/11/25 – م ق م – 16 – 759 وبنفس المعنى فى 1943/12/30 – م ق م – 218 – 381 ، 32/1/14 – م ق م – 219 – 382 ، 1946/6/6 – م ق م – 56 – 764 .

كما قضت بأن " القصور الذى يعيب الحكم هو إغفاله الرد على دفاع جوهرى يتغير به أن صح وجه الرأى فى الدعوى ، وإذ كان لمحكمة الموضوع أن تقضى بالصورية ولو كان العقد مسجلا أو ثابت التاريخ ، فإنه لا يعيب الحكم أنه أغفل الرد على دفاع الطاعنة من أن عقد البيع – المطعون عليه بالصورية – ثابت التاريخ " (1977/12/6 فى الطعن 94 سنة 44ق) .

هل هناك تلازم بين الصورية والاعسار ؟

تلازم بين الصورية والاعسار ، وإن كانت تنتفى فى غالب الأحوال بيسار المدين إذ تنتفى مصلحة المدعى فى الطعن على التصرف (غانم بند 83) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : " لا تعارض بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون عقد الشراء الحاصل منه صوريا إذ لا تلازم بين حالة الاعسار وصورية العقد فإذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفا ما كان صوريا فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشترى اثباتا ليسره ومقدرته على دفع الثمن فإن هذا لا يقدم ولا يؤخر " (1941/1/2 – م ق م – 47 – 763) .

أحكــام الصوريــة بالنسبــة إلى الغيــر

المقصود بالغير فى الصورية :

يقصد بالغير فى معنى الصورية فوق الخلف الخاص والدائنين الذين خصهما النص بالذكر ، كل من لم يكن طرفا فى العقد أو خلفا عاما لأحد طرفيه ، ومن ثم يعتبر مدين أحد الطرفين من طبقة الغير كما لو أحال دائنه حقه حوالة صورية . كما يعتبر الشفيع من طبقه الغير . ولا يلزم أن تربط الغير بأحد المتعاقدين رابطة عقدية . (إسماعيل غانم بند 90 – ومرقص بند 698 – وقارن السنهورى بند 621 حيث يرى أن الغير فى معنى الصورية يقتصر على الخلف الخاص والدائنين فقط ومن ثم لا يعتبر الشفيع أو المدين المحال عليه من طبقة الغير – وراجع فى المعنى نفسه جمال زكى بند 419 – أما مرزوق فى رسالته بند 143 فهو وأن حصر المقصود بالغير فى الخلف الخاص والدائنين إلا أنه يصل إلى ذات نتيجة الرأى الأول إذ أوضح أن الأجانب عن العقد تحميهم قاعدة نسبية أثر العقود ويصرح فى البند 153 بأن الشفيع من الغير) ويلاحظ أنه لا يعتبر من طبقة الغير من اكتسب حقه من العقد الصورى كالشأن فى المنتفع فى اشتراط لمصلحة الغير فيجوز للمتعهد التمسك قبله بصورية عقد الاشتراط ولو كان حسن النية (السنهورى فى الجزء الثانى من 621 وفى الجزء الأول هامش بند 381 – ومرقص بند 698) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الغير بالمعنى الذى تقصده المادة 244 من القانون المدنى هو من يكسب حقه بسبب يغاير التصرف الصورى ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى كما سلف القول إلى أن الطاعنة كانت أحد طرفى الإجراءات التى تمت بالتواطؤ بينها وبين المطعون عليه الثانى والتى انتهت إلى إيقاع البيع عليها إضرارا بالمطعون عليها الأولى ، فإن الطاعنة بذلك لا تعتبر من طبقة الغير فى معنى المادة 244 المذكورة " (1978/1/17 – الطعن 779 لسنة 43ق) .

والدائنون العاديون للطرفين يعتبرون من الغير :

الدائن الشخصى للمتصرف يعتبر من الغير فى الصورية ويجوز له اثباتها بطرق الاثبات كافة ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون حقه سابقا على التصرف الصورى بل يصح أن يكون حقه تاليا لهذا التصرف إذ أن التصرف الصورى الصادر من المدين يبقى صوريا حتى بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ويظل الشئ محل التصرف داخلا فى الضمان العام للدائنين جميعا سواء منهم من كان حقه سابقا على التصرف الصورى أو لاحقا له وسواء كان هذا الحق مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء مادام خاليا من النزاع ذلك أنه متى كان التصرف صوريا فإنه لا يكون له وجود قانونا ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون هو المقصود اضراره بالتصرف الصورى إذ من مصلحة أى دائن للمتصرف ان يثبت صورية هذا التصرف حتى يظل الشئ محل التصرف فى الضمان العام للدائنين فيستطيع أن ينفذ عليه بدينه . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بالصورية الذى أبداه الطاعن على ان دينه لاحق للتصرف المدعى بصوريته وعلى انقطاع صلته بالدائن الذى قصد بهذا التصرف التهرب من دينه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وتأويله " (1965/12/9 – م نقض م – 16 – 1223) . وبأنه " ولئن كان للدائن العادى باعتباره من الغير أن يطعن على تصرف مدينه بالصورية طبقا لنص المادة 1/244 من القانون المدنى إلا أن ذلك منوطا بأن يكون حق الدائن خاليا من النزاع " (1978/3/30 – الطعن رقم 915 لسنة 44ق) . وبأنه " للمشترى الذى لم يسجل عقده أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل عقده ، صورية مطلقة ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود لكى يحكم له هو بصحة عقده ويسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة إذ أنه لكونه دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له أن يتمسك بتلك الصورية أيا كان الباعث عليها لإزالة جميع العوائق التى تصادفه فى سبيل تحقيق أثر عقده " (1966/5/26 – م نقض م – 17 – 1271) وبأنه " الدائن لا يعتبر خلفا للمدين فى التصرفات الصورية التى تصدر من هذا الأخير أو التى تصدر منه بطريق التواطؤ مع دائن آخر أضرارا بحقه إذ يصبح الدائن فى هذه الحالات من طبقة الغير " (1957/5/23 – م نقض م – 8 – 521 .

وبأنه " ليس للمدين فى حوالة مدنية قبلها المدين والضامن قبولا ناقلا للملك أن يقيم الدليل فى وجه المحتال على صورية السبب الظاهر فى ورقة الدين متى كان المحتال يجهل المعاملة السابقة التى اخفى سببها عليه وكان يعتقد أن السبب الظاهر حقيقى وكان المدين لم يدفع بعلم هذا المحتال للسبب الحقيقى وقت احتياله بالدين لأن اخفاء السبب الحقيقى تحت ستار المنتحل لا يمكن الاحتجاج به على غير المتعاقدين ومنهم المحتال " (1935/4/11 – م ق م – 9 – 758) .

والخلــف الخــاص مــن الغــير :

وهو من اكتسب حقا عينيا من أحد المتعاقدين على الشئ محل التصرف الصورى سواء كان اكتسابه للحق سابقا أو لاحقا لهذا التصرف (السنهورى بند 621 – جمال زكى بند 419 ورسالته عن حسن النية فى كسب الحقوق بند 138 – مرزوق بند 145)

وقد قضت محكمة النقض بأن " يعتبر المشترى من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع إلى مشتر آخر وله وفقا لتصريح نص المادة 244 من القانون المدنى أن يثبت صورية العقد الذى أضربه بطرق الاثبات كافة " (1966/5/26 – م نقض م – 17 – 1271) . وبأن " المشترى يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للتصرف فى الصادر من البائع إليه وله إن يثبت صورية هذا التصرف بغير الكتابة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة " (1957/10/31 – م نقض م – 8 – 759) . وبأنه " متى كانت المحكمة قد انتهت إلى أن المشترى يعتبر من الغير بالنسبة للتعاقد الصورى الصادر من البائع إليه إلى مشتر آخر فإنها لا تكون ملزمة بالرد على تمسك هذا الأخير بحجية حكم صدر لمصلحته باثبات تعاقده " (1957/10/31 – م نقض م – 8 – 759) .

والشفيــع يعتبــر مــن الغيــر :

الشفيع - بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة – يعتبر من الغير بالنسبة لطرفى البيع سبب الشفعة ، ولا يحتج عليه الا بالعقد الظاهر متى كان حسن النية . (175/11/28 – م نقض م – 26 – 1515) وبأنه " الشفيع – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة ، فلا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر . فمتى كان عقد البيع قد اشهر ، فلا جناح على الشفيع أن هو رفع دعواه بالشفعة على البائع الظاهر فيه " (1966/10/18 – م نقض م – 17 – 1530) . وبأن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة فيجوز له أن يثبت بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة أن الثمن الوارد فى عقد المشترى ليس هو الثمن الحقيقى للعين المشفوع فيها بل هو ثمن صورى تواطأ عليه البائع والمشترى بقصد تعجيزه عن الأحق بالشفعة "

كما قضت بأن " لئن كان الشفيع بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة – يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة وبالتالى يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر ، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية بمعنى ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت اظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة فإذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقى المستتر جاز للمتعاقدين الاحتجاج عليه بهذا العقد" (1965/12/30 – م نقض م – 16 – 1384) وبأنه " بحث توافر حسن النية لدى الشفيع وعدم علمه بصورية الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه هو من مسائل الواقع التى لمحكمة الموضوع الحق فى تقديرها ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصا سائغا " (1975/11/27 – م نقض م – 1515) .

وللغير التمسك بالعقد المستتر :

فقد قضى بأن " خطابات الضمان التى يثبت فيها الشاحن التحفظات التى طلب الناقل ادراجها فى سند الشحن ولكنها لم تدرج به استجابة لرغبة الشاحن ، والتى يتعهد الشاحن بمقتضاها بضمان كافة النتائج التى تترتب على عدم مطابقة البضاعة عند التسليم للبيانات الواردة فى سند الشحن إذا ما تعرض الناقل للمطالبة من قبل الغير بالتعويض وذلك مقابل ان يسلمه الناقل سند الشحن نظيفا وخاليا من هذه التحفظات فيسهل للشاحن التعامل على البضاعة بسند الشحن الحصول بمقتضاه على الائتمان من البنوك هذه الخطابات – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – باعتبارها حجة على عاقديها وحدهما – الشاحن والناقل – ولا يجوز الاحتجاج بها على الغير من حاملى سندات الشحن لا مخالفة فيها لمعاهدة سندات الشحن الموقعة فى بروكسل طالما أن المقصود بها دحض قرينة الإثبات المستمدة من سند الشحن فى العلاقة بين الناقل والشاحن ، ولم تتضمن اتفاقا على إعفاء الناقل من المسئولية ولم تكن مشوبة عند إصدارها بقصد إيهام الغير وإدخال الغش عليه عند تداول سند الشحن " (1975/6/23 – م نقض م – 26 – 1947) وبأنه " لما كان المطعون عليه وكيل الدائنين فى تفليسة المدين يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة لعقد الإيجار الصادر عن الجراج باسم غير المدين المفلس ولا يتقيد فى إثبات حقيقة العقد بعباراته ونصوصه . فإن الحكم المطعون فيه إذا استند إلى الأدلة والقرائن التى ساقها فى إثبات أن المدين هو المستأجر الحقيقى فى هذه العقد إنما يكون قد استظهر الحقيقة من الظروف التى أحاطت تنفيذ العقد ولا يكون فد فسخه أو خرج عن قواعد التفسير " (1968/6/11 – م نقض م – 19 – 1141) .

يجوز للأجنبي عن المتعاقدين التمسك بالصورية متى توافرت له مصلحة :

الصورية فى العقود يصح التمسك بها لكل ذى مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية وعلى ذلك يجوز الطعن من مشترى العقار بصورية العقد الصادر ببيع العقار ذاته من بائع آخر إلى مشتر آخر " (1947/3/20 – م ق م – 10 – 758) .

وللغير حسن النية التمسك بالعقد الظاهر شريطة أن يكون له مصلحة فى ذلك:

وهو يعتبر حسن النية إذا لم يكن يعلم بصورية العقد الظاهر أو بوجود العقد المستتر ، والعبرة فى حسن النية بالوقت الذى انخدع فيه المتعاقد بالعقد الظاهر وبنى تعامله عليه ، فيشترط فى الشفيع أن يكون حسن النية وقت إعلانه رغبته فى الأخذ بالشفعة ، وفى المشترى الثانى أن يكون حسن النية وقت البيع له . والأصل فى الغير أنه حسن النية فيقع على عاتق من يدعى سوء نيته إثبات ادعائه " (يراجع فى ذلك غانم بند 38 – السنهورى بند 623) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : " متى كان الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه صوريا وأقل من الثمن الحقيقى ، فإن للشفيع باعتباره من الغير فى هذه العقد – إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر ، ولا يلزم ألا بدفع الثمن المذكور فيه " (175/11/27 – م نقض م – 1515) . وبأنه " إذا كان المشترون قد تمسكوا أمام محكمة الموضوع بأنهم كانوا حسنى النية عندما اشتروا أطيان النزاع من مورثهم معتمدين على عقده الظاهر جاهلين ورقة الضد ، وكان المشترون يعتبرون من الغير بالنسبة لهذه الورقة بحكم أنهم اشتروا هذه الأطيان بعقدى بيع مشهرين ، فلهم – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يتمسكوا بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحاجوا بالعقد المستتر ، إلا إذا كان هذا العقد مشهرا أو كانوا هم عالمين بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد " (172/10/28 م نقض م – 23 – 1285) . وبأنه " للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا العقد فى مصلحته ولا يجوز أن يحتاج – المشترى – بورقة غير مسجلة ، تفيد صورية عقد البائع له متى كان لا يعلم بصورية ذلك العقد " (1971/4/22 – م نقض م – 23 – 553) . وبأنه " الشفيع – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين قد نفى بأدلة مسوغة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقى يختلف عن الثمن الوارد بالعقد ، فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس " (53/1/29 – م ق م – 182 – 736) وبأنه " إذا انتفى حسن نية المشترى من البائع فلا يكون لـه أن تمسك بالعقد الظاهـر قبل دائن هذا البائع " (1957/5/23 – م نقض م – 8 – 521)

وقضت أيضا بأن " النص فى الفقرة الأولى من المادة 244 من القانون المدنى على أنه " إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى " يدل على أن العبرة فى تحديد وقت ثبوت حسن النية هى بوقت التعامل ونشوء الالتزام وهو الوقت الذى انخدع فيه المتعاقد بالعقد الظاهر للمتعاقد معه وانبنى عليه تعامله ، فأعطاه القانون حق التمسك بهذا العقد الظاهر حماية لحسن النية الذى لازم التصرف الأمر الذى يقتضيه استقرار المعاملات ، وإذ كانت الطاعنتان قد تمسكتا بالعقد الظاهر للبائع لهما وبأنهما لا تعلمان بصوريته ، فإن المرجع فى تحديد عدم العلم بالصورية وحسن النية إنما يكون بوقت التعامل ونشوء الالتزام بنقل الملكية لا بوقت انتقال الملكية بالتسجيل " (1975/1/26 – م نقض م – 26 – 253) .

وكذلك قضت بأن " مفاد نص المادة 1/244 من القانون المدنى أنه يشترط فى الخلف الخاص وهو من كسب حقا من المشترى ، حتى يتمسك بالعقد الصورى أن يكون حسن النية أى لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر ، أن العقد الظاهر إنما هو عقد صورى ، إما إذا كان سئ النية أى يعلم وقت تعامله بصورية العقد الظاهر ، فإن العقد الذى يسرى فى حقه هو العقد الحقيقى شأنه فى ذلك شأن المتعاقدين . ولما كان محكمة الموضوع قد استخلصت فى حدود سلطتها التقديرية وفى أسباب سائغة أن الطاعن – المشترى – كان سيئ النية ويعلم بورقة الضد عندما تصرفت له المطعون عليها الثانية بالبيع ، ورتب الحكم على ذلك عدم أحقية الطاعن فى التمسك بالعقد الظاهر المبرم بين المطعون عليها الأولى – المالكة الأصلية – والثانية ، وإنما تسرى فى حقه ورقة الضد المشار إليها ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد التزم صحيح القانون " (1977/1/31 – م نقض م – 28 – 328) . وبأنه " لدائن المتعاقد أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية والمفروض أن الدائن حسن النية لا علم له بالعقد المستتر وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه . (1978/5/11 الطعن رقم 286 لسنة 45ق) . وبأنه " متى كان الحق بين المحيل والمحال عليه صوريا فإن المناط فى اعتبار المحال له من الغير – وحرمان المحال عليه من التمسك قبله بانعدام الحق لصوريته –

هو أن يكون المحال له حسن النية لا يعلم بصورية الحق وقت احتياله به معتقدا أن السبب الظاهر حقيقى ، واعمالا لذلك فقد جرى قضاء هذه المحكمة على أنه يجوز أن يواجه الغير بورقة الضد المتضمنة اقرارا بصورية العقد ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها " (1978/5/31 – طعن رقم 1165 لسنة 47 ق) . وبأنه " لئن كان الشفيع – بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة – يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة وبالتالى يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر ، ألا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية بمعنى ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت اظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة فإذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقى المستتر جاز للمتعاقدين الاحتجاج عليه بهذا العقد " (1965/12/30 – م نقض م – 16 – 1384) .

إذا تعارضت مصالح الغير مع بعضها كانت الأفضلية لمن يتمسك بالعقد الظاهر :

ليس لمن رسا عليه المزاد فى بيع الأشياء المحجوز عليها التحدى بحكم الفقرة الثانية من المادة 244 مدنى والقول بوجوب الأخذ بسندات دين الدائن المنفذ به والمطعون عليها بالصورية باعتبارها العقد الظاهر ذلك لأنه لا شأن له بهذا الدين إذ هو لا يستمد ما يدعيه من حق على الأشياء المحجوز عليها من سندات ذلك الدين ولكن الحق الذى يدعيه يستند على محاضر البيع التى اشترى بمقتضاها تلك الأشياء" (1957/5/33 – م نقض م – 8 – 520) .

شهر العقد المستتر يقوم قرينة قاطعة على العلم به :

وقد قضت محكمة النقض بأن : " الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة هو – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين البائع والمشترى – فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون المستتر ومن ثم لا يجوز أن يحاج بالعقد المستور إلا إذا كان هذا العقد مسجلا أو كان هو عالما بصورية العقد الظاهر او بوجود ورقة ضد وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد خالف مقتضى هذه القاعدة

وقضى بعدم جواز أخذ العقارات المبيعة بالشفعة تأسيسا على أن عقد البيع ليس فى حقيقته إلا عقدا ساترا لهبة فلا يجوز فيه الشفعة وكان هذا الخطأ قد صرف المحكمة عن بحث ما دفع به المطعون عليهما دعوى الطاعنين من أن حقهما فى الشفعة قد سقط لمضى المدة القانونية من تاريخ العلم بالبيع لما كان ذلك ، كان الحكم متعين النقض " (1952/5/15 – م نقض م – 3 – 1063 وراجع نقض فى 1947/2/16 – م ق م – 764 فى وجوب تعرض المحكمة لحسن أو سوء نية الغير) . وبأنه " " جرى قضاء محكمة النقض على أن للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا فى مصلحته ولا يجوز أن يحاج بورقة غير مسجلة تفيد التقابل من الصفة متى كان لا يعلم بصورية عقد تمليك البائع له ولو كان مؤشرا بمضمونها على هامش تسجيل العقد الظاهر المسجل لأن ذلك التأشير يؤدى إلا إلى إثبات تاريخها وإثبات التاريخ ليس فيه اشهار للورقة حتى يعترض به على الغير بل تعتبر كما كانت قبل التأشير باقية فى طى الكتمان والخفاء . وإذن فمتى كانت الطاعنة قد باعت الأطيان موضوع النزاع إلى المطعون عليها الأولى بمقتضى عقد بيع مسجل وكان المطعون عليه الثانى قد اشترى تلك الأطيان منها بعد أن اطمأن إلى ملكيتها لها فإنه يعتبر فى حكم الغير بالنسبة لصورية عقد البيع . والحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على أن المطعون عليها قد عجزت عن إثبات علم المشترى بورقة الضد التى لم تسجل قبل صدور البيع إليه بحيث لا تسرى عليه ولا يكون لها ثمة تأثير على حقوقه المستمدة من العقد الظاهر المسجل لا يكون قد خالف القانون أو شابه القصور " (1961/4/20 – م نقض م – 12 – 376) . عكس ذلك السنهورى حيث يرى أن شهر العقد المستتر يعتبر مجرد قرينة قانونية غير قاطعة على العلم به فيجوز للغير إثبات عدم علمه به (بند 263) .

لا يجوز للغير إثبات الصورية فى مواجهة الغير :

ليس للمدين فى حوالة مدنية أعلن بها أن يقيم الدليل فى وجه المحال له على صورية السبب الظاهر فى ورقة الدين متى كان المحال له يجهل المعاملة السابقة – التى أخفى سببها عليها – ويعتقد بصحة السبب المذكور فى تلك الورقة " (1967/5/22 – م نقض م – 18 – 1324) . وبأنه " لا على المحكمة إذا هى أخذت بإقرار زوجة المحجوز عليه فقضت بصورية عقد البيع الصادر إليها من زوجها دون أن يتعدى أثر ذلك إلى غيرها من المتعاقدين معها الذى تلقوا الحق عنها " (1956/10/25 – م نقض م – 7 – 847) .

يجوز للغير إثبات صورية العقد الظاهر بمختلف طرق الاثبات إلا إذا كان قد اشترك فى تحريره وتواطأ مع طرفيه على الصورية فيكون بمنزلة المتعاقدين:
ليس هناك ما يمنع من حرر عقد البيع بخطه ووقع عليه بصفته شاهدا من أن يطعن فيه بالصورية متى كان يستند فى طعنه إلى دليل كتابى ومتى كان هذا الطعن موجها ضد طرفى العقد اللذين اشتركا معه فى الصورية لا ضد غيرهما ممن يمكن أن تضار مصلحتهم بصورية يجهلونها " (1940/1/11 – م ق م – 46 – 762) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : متى كانت المطعون عليها الأولى – المالكة الأصلية والبائعة للمطعون عليها الثانية بالعقد الصورى تعتبر من الغير بالنسبة لعقد البيع الصادر من المطعون عليها الثانية إلى الطاعن عن ذات القدر – وكان لها بالتالى إن تثبت صوريته بكافة طرق الإثبات ، وقد قضت محكمة أول درجة بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المطعون عليها الأولى صورية هذا العقد صورية مطلقة ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى أسباب سائغة إلى أن عقد الطاعن صورى ورتب على ذلك قضاءه برفض دعواه بصحة ونفاذ عقده ، فإن النعى على الحكم بعدم جواز إثبات صورية عقده بغير الكتابة يكون غير سديد " (1977/1/31 – م نقض م – 28 – 328) . وبأنه " " إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطاعنين عاجزين عن إقامة الدليل على ادعائهما (بصورية عقد البيع) واستند الحكم فى ذلك إلى أن الطاعنين لم يحضرا شهودهما أو يكلفاهم بالحضور فى الجلسة المحددة رغم تأجيل الدعوى هو بناء على طلبهما أكثر من مرة وانقضاء الميعاد المحدد للتحقيق ، وكان المدعى هو المكلف بإثبات دعواه وتقديم الأدلة التى تؤيد ما يدعيه فيها ، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه رفض إجابة الطاعنين إلى طلبها بإصدار حكم جديد بإحالة الدعوى إلى التحقيق لأنهما عجزا عن إثبات ادعائهما على النحو السالف بيانه فان النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب يكون على غير أساس " (1970/4/7 – م نقض م – 21 – 581) وبأنه " للدائن أن يثبت بكل طرق الإثبات صورية تصرفات مدينه التى تمت إضرارا بحقوقه عملا بالفقرة الأولى من المادة 244 من القانون المدنى " (1957/5/23 – م نقض م – 8 – 52) .

ثالثا : أثر الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين

تنص المادة (245) مدنى على أن " إذا ستر المتعاقد أن عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى .

الأصل أن يسرى العقد الحقيقى بين الطرفين إذ العقد الظاهر لا وجود له ولم تتجه إليه ارادتهما ، ومع ذلك فإن التصرف الصورى الظاهر قد يرتب أثرا قانونيا كالشأن فى التصرف الصورى من الموصى له فى العين الموصى بها إذ يترتب فى قبوله الوصية ضمنياً (السنهورى بند 618)

وقد قضت محكمة النقض بأن : مفاد نص المادة 1/244 من القانون المدنى أن لدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص أن يثبتوا بكافة الطرق صورية العقد الذى أضر بهم أما المتعاقدان فلا يجوز لهما إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه العقد المكتوب إلا بالكتابة ، والطعن على عقد البيع بأنه يستر وصية لم يدفع فيه أى ثمن هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، ومتى كان العقد الظاهر المطعون عليه بهذه الصورية مكتوبا فإنه لا يجوز لأى من عاقديه أن يثبت هذه الصورية إلا بالكتابة وذلك عملا بنص المادة 1/61 من قانون الإثبات . ولا يصح قياس هذه الحالة على حالة الوارث الذى يجوز له إثبات طعنه على العقد بأنه يخفى وصية بجميع الطرق لأن الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر إضرارا بحقه فى الإرث فيكون تحايلا على القانون " (1976/12/21 – م نقض م – 27 – 1801) . وبأنه " لما كانت المادة 27 من القانون رقم 46 لسنة 1954 بشأن الشركات المساهمة يشترط ملكية عضو مجلس الإدارة عددا من أسهم الشركة تقل قيمته عن ألف جنيه وذلك حتى تكون له مصلحة جدية فى رعاية أموال الشركة وتوجب عليه إيداعها أحد البنوك ضمانا لإدارة وتغطية لمسئوليته عن أعماله طوال مدة عضويته بمجلس الإدارة وتقضى ببطلان أوراق الضد التى تصدر بالمخالفة لأحكامها ، وكان هذا البطلان مقررا لمصلحة الشركة صاحبة الضمان حماية لها ، فلا يجوز للغير أن يحتج فى مواجهتها بأنه المالك لأسهم الضمان دون عضو مجلس الإدارة الذى قدمها ، وتأكيدا لهذا المعنى وهدف المشرع فى تحقيق الضمان للشركة نص على عدم قابلية أسهم الضمان للتداول طوال مدة عضوية مقدمها بمجلس الإدارة ،

إلا أن القول بعدم جواز الاحتجاج على الشركة صاحبة الضمان بأوراق الضد أو التصرفات التى يجريها عضو بالمخالفة لأحكام المادة 2 المشار إليها لا يحول دون خضوع تلك التصرفات بين أطرافها للقواعد العامة " (1978/1/16 – فى الطعن رقم 571 لسنة 44ق) . وبأنه " متى انتهى الحكم إلى اعتبار عقد البيع عقدا صوريا ساترا لعقد حقيقى إذ رتب على ذلك ان العقد الذى ينفذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى – أى ورقة الضد – يكون قد طبق المادة 245 من القانون المدنى تطبيقا صحيحا ولا يمنع من نفاذ هذا العقد الحقيقى فى حق المشترى أن يكون قد وضع يده على المبيع إذ أن وضع يده فى هذه الحالة لا يعدو أن يكون مظهرا من مظاهر ستر الصورية " (1967/4/20 – م نقض م – 18 – 850) وبأنه " إذا أقر المشترى فى ورقة الضد بأن ملكية الأطيان التى وضع اليد عليها باقية للمتصرف ومن حقه أن يستردها فى أى وقت يشاء فإن وضع يده فى هذه الحالة مهما طالت مدته لا يكسبه ملكية هذه الأرض لأن القانون يشترط فى الحيازة التى تؤدى إلى كسب الملكية بالتقادم أن تقترن بنية التملك " (1967/4/20 – م نقض م – 18 – 850) وبأنه " إذ كان البين من الاطلاع على العقد موضوع الدعوى أن الطاعن باع القدر المبين فيه متعاقدا مع نفسه بصفته وليا شرعيا آنذاك على أولاده المطعون عليهم ، وأن دور والدتهم اقتصر على مجرد الإشارة الى دفعها الثمن تبرعا للقصر المشترين وأنها تتعهد بعدم مطالبتهم أو الرجوع عليهم مستقبلا ، وكانت الدعوى الماثلة أقيمت من الطاعن بطلب بطلان التصرف الحاصل منه إلى أولاده لصوريته المطلقة ، استنادا إلى قرار صادر من الوالدة بأن ثمنا لم يدفع منها فى واقع الأمر ، فإن ما خلص إليه الحكم من أن هذه الأخيرة ليست من بين أطراف العقد وأنه لا علاقة لها بأحداث الأثر القانونى المراد من التصرف ، وأن الإقرار لا يضمن إلا نفيا لواقعة سداد الثمن منها دون أن يعرض للتصرف فى حد ذاته ، ورتب على ذلك افتقاد إمكان إثبات صورية العقد صورية مطلقة بغير الكتابة ، فإن هذا الذى خلص إليه الحكم تحصيل سائغ تحتمله مستندات الدعوى وله مأخذه" (1979/3/14 – الطعن 669 – لسنة 42ق) وبأنه " لا تناقض بين قضاء الحكم بصحة الورقة المتضمنة عقد البيع وبين قضائه باعتبار الإقرار المحرر فى ذات تاريخ العقد المذكور ورقة ضد له إذ أن قضائه باعتبار الإقرار المحرر فى ذات تاريخ العقد المذكور ورقة ضد له إذ أن قضاءه الأول كان يتضمن أن طرفى العقد قصدا أن يحراه فى صيغة بيع إلا أن ذلك لا ينفى أنه عقد ظاهر صورى يستر عقدا آخر حقيقيا محررا بين الطرفين هو ورقة الضد " (1968/5/30 – م نقض م – 19 – 1045)

يتقيد المتعاقدان فى إثبات صورية العقد الظاهر بالقواعد العامة فى الإثبات:

فإذا كان العقد الظاهر ثابتا بالكتابة امتنع عليهما إثبات صوريته بغير الكتابة ، وإذا كان التصرف المستتر تزيد قيمته على نصاب البينة امتنع إثباته بغير الكتابة ، مع مراعاة أن اليمين والإقرار يعفيان من الإثبات وأنه يجوز الإثبات بغير الكتابة فيما كان يجب إثباته بالكتابة عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو مانع مادى أو أدبى فيعمل بذلك كله بين المتعاقدين " (المستشار محمد عبد العزيز المرجع السابق ص903 وما بعدها) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الطعن بأن عقد بيع يستر وصية ولم يدفع فيه ثمنا هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ويقع على الطاعنة عبء اثبات هذه الصورية فإن عجزت وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليها " (1968/11/14 – م نقض م – 19 – 1362) . وبأنه " الطعن على عقد البيع بأنه يستر وصية ولم يدفع فيه أى ثمن هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، وإذن فمتى كان العقد الظاهر المطعون عليه بهذه الصورية مكتوبا فإنه لا يجوز لأى من عاقديه أن يثبت هذه الصورية إلا بالكتابة وذلك عملا بالمادة 1/401 من القانون المدنى ولا يصح قياس هذه الحالة على حالة الوارث الذى يجوز له اثبات طعنه على العقد بأنه يخفى وصية بجميع الطرق لأن الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من الوارث وإنما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر إضرارا بحقه فى الإرث فيكون تحايلا على القانون . (1967/2/23 – م نقض م – 18 – 478) . وبأنه " متى كانت المحكمة إذ قررت أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات صورية العقد الثابت كتابة إلا بالكتابة قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة السائغة التى أوردتها انتفاء المانع الأدبى فإن الذى قررته هو صحيح فى القانون" (1953/12/24 – م ق م – 18 – 759 وبنفس المعنى 1942/6/18- م ق م – 19 – 759 بشأن عدم جواز إثبات صورية عقد إيجار بين طرفيه بغير الكتابة 49/1/16 – م ق م – 80 – 35 ، 1944/2/3 – م ق م – 81 – 35) . وبأنه " ورقة الضد غير المسجلة يجوز الاحتجاج بها على طرفيها ولو كانت فى صيغة تفاسخ متى كان من الثابت أنها ليست فى حقيقتها تفاسخا بل إقرار بصورية عقد آخر أفرغ فى صورة تفاسخ كما أنه يصح أن يواجه بها الغير

ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها " (1949/12/1 – م ق م – 1 – 1200) . وبأنه " لمحكمة الموضوع بما لها من سلطة فى تفسير العقود وتقدير الوقائع أن تقدر أن العقد محل الدعوى وأن صدر فى يوم تال لعقد آخر بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية وأن العقد الأخير وأن وصف بأن تراض أو تفاسخ هو من حقيقته حسبما انعقدت عليه نية الطرفين ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول "

(1949/12/1 – م ق م – 2 – 1200) .

يجوز إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات :

وعند التحايل على القانون يجوز لمن تم التحايل ضد مصلحته إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات والاحتيال على القانون هو تواطؤ المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام وإخفاء هذه الحالة تحت ستار تصرف آخر مشروع فيكون التصرف الحقيقى المستتر هو التصرف غير المشروع المخالف للقاعدة القانونية المتعلقة بالنظام العام . ويكون التصرف المشروع هو التصرف الصورى الظاهر . غير أنه يشترط لعدم تقيد أحد المتعاقدين بالقواعد العامة فى الإثبات فى هذه المخالفة أن يكون التحايل قد تم ضد مصلحة أحد الطرفين لأنه فى هذه الحالة لم يكن يستطيع الحصول على دليل كتابى بإثبات الصورية وبحقيقة العقد المستتر ، أما إذا كان التحايل قد تم لمصلحة المتعاقدين وقصد به الأضرار بالغير ممن ليس طرفا فى التصرف أو خلفا لأحد طرفيه فلا يجوز لأحد العاقدين أو خلفهما أن يثبت صورية العقد الظاهر المكتوب بغير الكتابة لأنه فى هذه الحالة لم يكن هناك ما يحول بينه وبين الحصول على الدليل الكتابى المثبت للعقد المستتر ، فإذا اثبت بعقد البيع ثمن أقل تحايلا على قانون رسوم التسجيل امتنع إثبات الثمن الحقيقى بين الطرفين إلا بالكتابة" (يراجع فى ذلك السنهورى هامش بند 629 – غانم بند 89)

وقد قضت محكمة النقض بأن : " لا يقدح فى الحكم أنه قد أجاز إثبات الصورية بين المتعاقدين بغير الكتابة ، ما دام أن إخفاء الرهن وراء بيع وفاء هو غش وتحايل على القانون للتوصل إلى تملك الأطيان بغير اتخاذ الإجراءات التنفيذية وبثمن بخس والصورية التى يكون هذا هو الغرض منها جائز إثباتها بين المتعاقدين بطرق الإثبات كافة بما فيها البينة والقرائن " (1944/5/25 – م ق م – 35 – 761)

وبأنه " إجازة إثبات العقد المستتر فيما بين عاقديه بالبينة فى حالة الاحتيال على القانون مقصورة على من كان الاحتيال موجها ضد مصلحته . وإذن فمتى كان عقد البيع الظاهر الصادر من المورث لأحد ورثته ثابتا بالكتابة فلا يجوز لهذا المورث أن يثبت بغير الكتابة أن هذا العقد يخفى وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث وإنما يجوز ذلك للوارث الذى وقع الاحتيال إضرارا بحقه فى الميراث وهو فى ذلك لا يستمد حقه فى الطعن على العقد من مورثه وإنما يستمده من القانون مباشرة وإذ كان ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها الأولى أقامت دعواها بطلب إبطال عقد البيع الصادر منها لولديها الطاعن والمطعون ضده الثانى استنادا إلى أنه يخفى وصية وأنه قصد به تميزها فى الميراث احتيالا على قواعد الإرث وكان الحكم المطعون فيه قد استند فى إثبات الصورية النسبية إلى أقوال شاهدى المطعون ضدها الأولى (البائعة) التى لم تقدم أى دليل كتابى فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه ، بما يستوجب نقضه "(1976/12/13 – م نقض م – 27 – 8 – 173) وبأنه " لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات صورية العقد الثابت كتابة الا بالكتابة ما لم تتوافر القرائن على وجود تدليس واحتيال عند صدور العقد فهذه صورية تدليسية يجوز إثباتها بالقرائن فى حق كل من مسه التدليس ولو كان طرفا فى العقد . فإذا كان المتهم لم يقدم ما يفيد وقوع تدليس واحتيال من جانب المجنى عليه عند صدور عقد الشركة – فإن الحكم إذ انتهى إلى اطراح دفاعه بصورية العقد المذكور لعدم إثباته بالكتابة يكون صحيحا فى القانون " (1967/6/12 م نقض ج – 18 – 818) . وبأنه " اتخاذ الحكم المطعون فيه مما اثبت بوصول السداد الصادرة من المالك السابق قرينة على صورية الأجرة الواردة بالعقد جائز فى القانون باعتبار أن تحديد أجور المساكن من مسائل النظام العام التى نص المشرع على تأثيم مخالفة القواعد الواردة بشأنها فيجوز إثبات التحايل على زيادتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن " (1978/3/29 – الطعن رقم 646 – لسنة 44ق) .

ويسرى على الخلف العام ما يسرى على السلف :

يسرى على الخلف العام ما يسرى على السلف ، إلا أن يستند إلى مصدر مستقل عن الميراث أو أن يطعن بأنه قصد به التحايل على قواعد الارث إذ فى هذه الحالة يستمد حقه من القانون مباشرة ، فيصبح من الغير ومن ثم يكون له اثبات صورية العقد الظاهر بكافة طرق الاثبات .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الوارث لا يعتبر فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه كان فى ظاهره بيعا منجزا إلا أنه فى حقيقته يخفى وصية اضرار بحقه فى الميراث أو أنه صدر فى مرض موت المورث فيعتبر ذلك فى حكم الوصية لأنه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها الاحتيال على قواعد الارث التى تعتبر من النظام ، إما إذا كان مبنى الطعن فى العقد أنه صورى صورية مطلقة وأن علة تلك الصورية ليست هى الاحتيال على قواعد الارث ، فإن حق الوارث فى الطعن فى التصرف فى هذه الحالة إنما يستمده من مورثه لا من القانون ، ومن ثم لا يجوز له اثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الاثبات ولما كانت الطاعنة قد طعنت بالصورية المطلقة على البيع الرسمى المسجل – الصادر من المورث إلى المطعون عليها – ودللت على تلك الصورية بقيام علاقة الزوجية بيع البائع المشترية ، ومن أنها كانت عالمة بحصول التصرف الصادر إلى مورث الطاعنة منذ صدوره لم تشر الطاعنة إلى هذا التصرف فيه مساس بحقها فى الميراث ودفعت المطعون عليها بعدم جواز اثبات الصورية المطلقة إلا بالكتابة ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون غير سديد " (1976/6/16 م نقض م – 27 – 1391) . وبأنه " جرى قضاء هذه المحكمة على أن الوارث حكمه حكم المورث فلا يجوز له اثبات صورية سند صادر من مورثه إلى الغير إلا بالكتابة إلا إذا طعن فى هذه السند بأنه ينطوى على الايصاء أو أنه صدر فى مرض موت مورثه " (1952/12/24 0 م ق م – 31 – 761) وبأنه " التمسك بأن البيع يستر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر وقع على الطاعن – وارث البائعة – عبء اثبات هذه الصورية فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليه " (1975/6/26 – م نقض م – 26 – 1314) . وبأنه " إذا كان الدفع المبدى من الوارث بأن البيع الصادر من المورث لوارث آخر يخفى وصية ، يحمل الاقرار بصدوره عن ارادة صحيحة وبصحة العقد كوصية تنفذ فى حق الورثة فى حدود ثلث التركة ، فإنه لا يقبل من هذا الوارث بعد ذلك الدفع بابطال العقد بأكمله تأسيسا على أنه ابرم تحت تأثير الاستغلال مما يعيب الإرادة ، ومن ثم فلا تثريب على الحكم المطعون فيه أن هو أغفل الرد على هذا الدفع الأخير ويكون النعى عليه من أجل ذلك بالقصور فى التسبيب على غير أساس " (1969/4/1 – م نقض م – 20 – 556) .

وبأنه " لا يعتبر الوارث قائما مقام مورثه فى التصرفات الماسة بحقه فى التركة عن طريق الغش والتحايل على مخالفة أحكام الارث بل يعتبر فى هذه الحالة فى حكم الغير ويباح له الطعن على التصرف واثبات صحة طعنه بكافة طرق الاثبات لأنه فى هذه الصورة لا يستمد حقه من المورث وإنما من القانون مباشرة ولا تقف نصوص العقد وعباراته الدالة على تنجيز النصوص منهما كانت صراحتها حائلا دون هذا الاثبات ، وذلك أن هذه النصوص لا يجوز محاجة الوارث بها إذا ما طعن على العقد بأنه فى حقيقته وصية إلا إذا فشل فى اثبات صحة هذا الطعن . فإذا كان ما يريد الوارث اثباته بالبينة هو أن هذه النصوص وإن كانت فى ظاهرها تدل على تنجيز التصرف إلا أنها لا تعبر عن الحقيقة وأنه إنما قصد بها الاحتيال على أحكام الميراث بستر الوصية فإن اعتماد الحكم المطعون فيه فى رفض طلبه الاثبات بالبينة على صراحة هذه النصوص مصادرة للمطلوب كما أن استكمال العقد الساتر للوصية لجميع أركانه وعناصره كعقد بيع لا يجعله صحيحا لأنه فى هذه الحالة يخفى احتيالا على القانون ومن ثم فإن استثناء الحكم المطعون فيه فى رفض طلبه الاثبات بالبينة على صراحة هذه النصوص مصادرة للمطلوب كما أن استكمال العقد الساتر للوصية لجميع أركانه وعناصره القانونية يكون خطأ فى القانون "(1967/6/22 – م نقض م – 18 – 1360) وبأنه " احتواء العقد على نصوص دالة على تنجيزه لا يمنع الوارث من الطعن عليه بأنه يخفى وصية وله أن يثبت طعنه هذا بطرق الاثبات كافة ذلك أن الوارث لا يعتبر قائما مقام المورث فى التصرفات الماسة بحقه فى التركة عن طريق الغش والتحايل على مخالفة أحكام الارث بل يعتبر فى هذه الحالة فى حكم الغير ويباح له الطعن على التصرف بأنه فى حقيقته مضاف إلى ما بعد الموت واثبات صحة طعنه بكافة الطرق ولا تقف صراحة نصوص العقد الدالة على تنجيزه حائلا دون هذا الاثبات " . (1966/11/24 – م نقض م – 17 – 1730) . وبأنه " الوارث لا يعتبر فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وان كان فى ظاهره بيعا منجزا إلا أنه فى حقيقته وصية اضرار بحقه فى الميراث أو أنه صدر فى مرض موت المورث فيعتبر إذ ذلك فى حكم الوصية ، لأنه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها التحايل على قواعد الارث ،

أما إذا كان مبنى الطعن فى العقد انه صورى صورية مطلقة فإن حق الوارث فى الطعن فى التصرف فى هذه الحالة أيضا يستمده من مورثه وليس من القانون ، ومن ثم فلا يجوز له اثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الاثبات " . (1964/4/9 – م نقض م – 15 – 525) . وبأنه " يجوز للوارث اثبات صورية عقد البيع الصادر من مورثه صورية مطلقة الضار بحقوقه بكافة طرق الاثبات " . (1955/12/19 – م نقض م – 6 – 1635 وبنفس المعنى فى 1946/12/5 – م ق م – 76 – 45) . وبأنه " حق الوارث فى الطعن فى تصرف المورث بأنه فى حقيقته وصية لا بيع وأنه قصد به التحايل على أحكام الارث المقررة شرعا ، حق لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث ومن ثم فلا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجة عليه إذ يعتبر الوارث فى حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة به والماسة بحقه فى الارث " (1962/6/21 – م نقض م – 13 – 824) . كما قضت بأن " الوارث الذى يطعن فى تصرف صادر من مورثه فى صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الارث المقررة شرعا اضرارا بحقه يجوز له اثبات طعنه بكافة طرق الاثبات لأن الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة ويعتبر من الغير فيما يختص بهذا التصرف" (1979/1/31 الطعن رقم 461 لسنة 47ق) . وبأنه " من المقرر أن الطعن من الوارث فى عقد البيع الصادر من المورث بأنه فى حقيقته وصية ، وإنما يعد طعنا منه صورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ومن حقه كوارث أن يثبت هذا الدفاع بجميع طرق الاثبات بما فيها البينة لأن التصرف يكون فى هذه الحالة قد صدر اضرارا بحقه فى الارث الذى تتعلق أحكامه بالنظام العام فيكون تحايلا على القانون " (1987/6/12 – الطعن 756 – 45ق) . وبأنه " لما كان الطاعنون قد طعنوا فى النزاع الحالى على التصرف موضوع العقد المؤرخ فى 1963/10/22 بأنه يخفى وصية فلا ينفذ إلا فى حدود ثلث التركة ، فإنهم وهم يطعنون بذلك إنما يستعملون حقا خاصا بهم مصدره القانون لاحقا تلقوه عن المورث ، ومن ثم يكون الحكم الصادر ضد المورث بصحة التصرف كبيع حجة عليهم ، لأن الوارث يعتبر فى حكم الغير فيما يختص بالتصرفات الصادرة من مورثه إلى وارث آخر اضرارا بحقه فى الميراث " (1978/11/28 – الطعن 855 لسنة 45ق) .

يجب أن يكون الطعن بالصورية صريحا :

الطعن على العقود بالصورية الذى يجب على محكمة الموضوع بحثه والبت فيه يجب أن يكون صريحا فى هذا المعنى ولا يفيده مجرد الطعن بالتواطؤ لاختلاف الأمرين مدلولا وحكما لأن الصورية تعنى عدم قيام العقد أصلا فى نية عاقديه أما التواطؤ بين التعاقدين فإنه غير مانع بذاته من جدية العقد ومن رغبتهما احداث آثار قانوينة له " (1958/3/31 – م نقض م – 9 – 330) . فقد قضى بأن " إذ كان ما يثيره الطاعن من صورية الاتفاق على التصريح بالتأجير من الباطن يعد سببا جديدا لم يسبق له التمسك به أمام محكمة الموضوع لأنه واقع فلا يجوز ابداؤه لأول مرة محكمة النقض " (1976/4/14 – م نقض م – 27 – 936) . وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الطعن بالصورية الذى يجب على المحكمة بحثه والبت فيه يلزم ان يكون صريحا فى هذا المعنى ولا يفيده مجرد الطعن بالتواطؤ أو الاحتيال لاختلاف الأمرين مدلولا وحكما ، لأن الصورية إنما تعنى عدم قيام المحرر أصلا فى نية عاقديه أما التواطؤ فإنه غير مانع عن جدية التعاقد ومن قيام الرغبة فى احداث اثار قانونية له ، ولما كان الواقع فى الدعوى ان الطاعنة لم تدفع بصورية عقد الاريجار الصادر للمطعون عليه الثانى أمام محكمة أول درجة ، وإنما بنت دفاعها على أن عملية القرعة التى جعلت منها سندها فى مدعاها أجريت بمعرفة المالك – المطعون عليه الأول – وساقت على ذلك فى مذكرتيها الشارحتين عدة قرائن تنم عن التواطؤ بين المالك وبين قريب المطعون عليه الثانى ، بدليل تحرير العقد بمقر الشرطة وتأخر المستأجر فى استلام الشقة من شاغلها وقتذاك وكان هذا لا يعنى التمسك على نحو جازم قاطع بصورية هذا العقد ، فلا على الحكم المطعون فيه ان هو التفت عن هذا الدفع " (1977/5/4 فى الطعن 206 لسنة 43 ق – م نقض م – 38 – 1135) .

يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضى بصورية ورقة معروضة عليها ولو لم يطلب أحد من الخصوم :

لمحكمة الموضوع الحق دائما فى بحث جدية الورقة التى تقدم فى الدعوى مادام ذلك لازم للفصل فيها ، فإذا أريد التمسك بورقة ضد الغير كان للمحكمة ولو لم يطعن أحد بالصورية ، أن تعرض لها فتستنتج عدم جديتها وصوريتها من قرائن الدعـوى ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سليما . (944/5/25 - م ق م – 52 – 763) .

لا يقبل الطعن بالصورية إلا ممن له مصلحة :

لما كان مناط التدخل فى الدعوى والطعن بصورية عقد لا يقبل إلا ممن له مصلحة فيه وكانت دعوى صحة ونفاذ عقد البيع المطعون عليه بالصورية النسبية أقامها المطعون ضده على والدته البائعة – حال حياتها – أى من وقت لم يكن قد ثبتت فيه للطاعن صفته كوارث ولم تتوافر لديه المصلحة القانونية التى تجيز له طلب التدخل فى تلك الدعوى للطعن فى هذا العقد بالصورية – فإن الحكم المطعون فيه إذا استخلص من عدم تدخل الطاعن فى تلك الدعوى دليلا على جدية طعنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه الفساد فى الاستدلال " (1978/6/12 – الطعن 756 لسنة 45ق) وبأنه " الطعن بصورية عقد لا يقبل إلا ممن له مصلحة فيه وفى حدود هذه المصلحة ، فإذا كان المشترى الثانى قد طعن على العقد الصادر من نفس البائع إلى المشترى الأول عن أطيان من بينها الأطيان المباعة للمشترى الثانى) قاصدا إهدار هذا العقد فى خصوص القدر الذى اشتراه فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى رفض دعوى صحة ونفاذ عقد المشترى الأول فيما زاد عن هذا القدر الذى اشتراه المشترى الثانى استنادا إلى صورية العقد يكون قد خالف القانون على هذا الخصوص"(1968/2/8 – م نقض م ص13 – 215) .

إذا دفع بالصورية أمام المحكمة يجب أن تقول كلمتها فى الطعن بالصورية :

إذا كان يبين من الحكم المطعون فيه ومن المذكرة المقدمة من الطاعن إلى محكمة الاستئناف أنه تمسك أمام تلك المحكمة بصورية عقد البيع – الصادر من والدته إلى باقى أولادها – صورية مطلقة ودلل على هذه الصورية بعدة قرائن منها أن العقد تضمن أن نصيب الذكر ضعف نصيب الأنثى – وهو ما يطابق أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث – وأن المتصرف إليهم لا يستطيعون أداء الثمن وأن العقد لم يظهر إلى حيز الوجود إلا بعد وفاة المتصرفة كما طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق

ليثبت هذه الصورية بالبينة على أساس أن رابطة الأمومة التى تربط المتصرفة بأولادها المتصرف إليهم والظروف التى تم فيها هذا التصرف تعتبر مانعا أدبيا من الحصول على دليل كتابى وكان الحكم المطعون فيه قد اغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى والرد عليه فانه يكون مشوبا بالقصور بما يستوجب نقضه " (1973/1/9 – م نقض م – 24 – 46) . وبأنه " إذا كان الدفاع بالصورية مما لو صح يتغير به وجه الحكم فى الدعوى ، وكان الثابت أن صاحب هذا الدفاع قد طلب إلى محكمة الاستئناف فى مذكرة قدمها إليها إحالة الدعوى إلى التحقيق لاثبات الصورية التى يدعيها ، وكان الحكم قد جاء خلوا من إيراد هذا الطلب ومن الرد عليه فإنه يكون قد عاره بطلان جوهرى " (47/12/25 – م ق م – 65 – 765) .

تقدير أدلة الصورية مسألة تقديرية للمحكمة :

وقد قضت محكمة النقض بأن : إذ كان الواقع فى الدعوى أن الطاعن ادعى بصورية عقدى الإيجار الصادرين للمطعون عليه الرابع واستدل عليها بتقدم أولى العقدين عند ربط الضريبة العقارية فمن حق الحكم أن يمحص هذا الدفاع وأن يحققه ولا عليه إذا اطرح دفاع الطاعن على سند من أن عملية فرض العوائد تتم فى غيبة الملاك الذين لا يتوافرون عن استغلال كافة الوسائل لخفض هذه الضريبة ، وهو قضاء بنى على المعلومات المستفادة من الخبرة بالشئون العامة المفروض إلمام الكافة بها" (1978/11/1 – فى الطعن رقم 573 لسنة 41ق) وبأنه " تقدير أدلة الصورية مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه دلل على صورية العقد بأسباب سائغة وقرائن مساندة تكمل بعضها وتؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى اليها فإنه لا يجوز مناقشة كل قرينة على حدة لاثبات عدم كفايتها فى ذاتها " (1977/12/6 فى الطعن رقم 94 سنة 44ق – وبنفس المعنى 1978/1/16 – فى الطعن 386 لسنة 44 ق ونقض 1975/6/1 م نقض م – 26 – 1206 – ونقض 1966/5/24 – م نقض م – 17 – 695 – نقض 1966/3/24 – م نقض م – 17 – 695 – ونقض 64/5/28 – م نقض م – 15 – 750) . وبأنه " إذ كان العقد ذاته وبرمته مطعونا عليه بالصورية فلا يصح الاستدلال بنصوصه لنفى هذه الصورية " (1978/1/11 – فى الطعن 846 لسنة 43ق) .

وبأن " القضاء السابق بصحة العقد يتضمن حتما أنه عقد غير صورى وصحيح ومن شأنه نقل الملكية ومتى جاز الحكم قوة الأمر المقضى فإنه يمنع الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها من العودة إلى المناقشة فى المسألة التى فصل فيها بأية دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها فى الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر بها " (1966/3/1 – م نقض م – 17 – 486) . وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من الوقائع والأدلة والقرائن التى ساقها فى العقد موضوع الدعوى صورى حرر بين عاقدين بطريق التواطؤ وكانت تلك القرائن والأدلة تؤدى عقلا إلى ما انتهى إليه ، فإن النعى على الحكم فى هذا الخصوص يكون على غير أساس " (1958/12/25 – م نقض م – 9 – 808)

الخصوم فى دعـوى الصـورية :

إذ كان القانون لا يوجب فى دعوى الصورية اختصام أشخاص معينين ، ومن ثم فلا تأثير لعدم اختصام المؤجر فى دعوى صورية عقد الإيجار على قبول الدعوى ، وإنما الأثر المترتب على ذلك ينحصر فى أن الحكم الصاد فيها لا يكون حجة عليه " (1977/5/4 فى الطعن 5 لسنة 43ق) وبأنه " إذا كان الطاعنون قد وجهوا دفعهم بصورية عقد البيع الصادر من المطعون عليه السادس إلى المطعون عليهم الخمسة الأولين ومورث المطعون عليها السابعة وصدر الحكم المطعون فيه مقررا رفض الدفع فى مواجهة هؤلاء الخصوم جميعا وكان موضع الصورية بهذا الوضع الذى انتهت به الدعوى غير قابل للتجزئة وكان مناط النعى على الحكم المطعون فيه هو موضوع الصورية الآنف ذكره فإنه لكى يكون الطعن مقبولا فى هذه الحالة يجب أن يختصم فيــه كل من البائع والمشترين فى العقد المطعــون فيه بالصوريـة " 1952/2/7 – م ق م – 109 – 276) .

التقادم لا يرد على الصورية :

ولا تسقط دعوى الصورية بالتقادم سواء رفعت من أحد طرفى العقد أو من الغير لأن المطلوب فيها تقرير عدم وجود العقد الظاهر ، غير أنه إذا كانت الدعوى تتضمن دعوى أخرى فإن ذلك لا يمنع من سريان التقادم بالنسبة إلى الدعوى الأخرى فلو طعن الورثة فى الهبة الصادرة من مورثهم والمستترة فى صورة عقد البيع لم يرد التقادم على الطعن بصورية عقد البيع ولكنه يرد على ادعاء بطلان الهبة . (السنهورى بند 627)

وقد قضت محكمة النقض بأن : الدعوى بطلب بطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وأن وصفت بأنها دعوى بطلان إلا أنها فى حقيقتها وبحسب المقصود منها إنما هى دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم لأن ما يطلبه رافعها إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التى يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه الحالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصورى صحيحا مهما طال الزمن" (1969/3/20 – م نقض م – 20 – 450) .

أثــر الحكــم بالصــوريــة :

إذا كان الحكم المطعون فيه بعد أن خلص إلى صورية العقد المحرر بين الطاعنين ، عقب على ذلك بأن هذا العقد الصورى وقد زال أثره فإن الطريق ينفسخ أمام العقد الصادر الطعون عليها الأولى والمحكوم بصحة التوقيع عليه للقيام بالإجراءات المؤدية إلى نقل الملكية ، فإن هذا الذى يقرره الحكم لا يشوبه خطأ فى القانون " (1958/12/25 – م نقض م – 9 – 808) . وبأنه " لا تناقض بين أن يكون الدين صوريا بالنسبة للمحكوم لهم بصوريته وحقيقيا قابلا للتنفيذ بالنسبة للمدين الذى لم يطعن بالصورية " (1934/3/22 – 1934 – م ق م – 42 – 762) . وبأنه " إذا أبطل عقد من عقود التصرفات لصوريته سقط دين الثمن فى علاقة الدائن لهم فى تقاضى دينه الصورى بالمحكوم لهم بالصورية وامتنعت مزاحمة هذا الدائن لهم فى تقاضى دينه منه ومن غلته بطريق الأوية " (نفس الحكم الاسبق). وبأنه " متى كان عقد البيع موضوع النزاع صوريا صورية مطلقة قوامها الغش والتدليس لا يكون له وجود قانونا ، فتسجيله وعدمه سواء ، وبالتالى لا يكون هناك محل للمفاضلة بين تسجيله وتسجيل محضر صلح استدل به على علم المشترى بصورية عقد تمليك البائع له " (1956/2/9 – م نقض م – 7 – 205) . (راجع فى كل هذا السنهورى المرجع السابق ، عدلى المرجع السابق المستشار محمد عبد العزيز المرجع السابق – زكى خيرى الابوتيجى – المحاماة س19 ص602 – عزيز خانكى القانون والاقتصاد س7 ص427) .

التصرف من غير ذى صفة :

فالتصرف يجب أن يصدر من صاحب الحق محل التصرف أو صاحب الذمة التى تنشغل به أو حتى يصدر التصرف عنه وبإسمه بواسطة من ينيبه هو عنه .

ولكن إذا صدر التصرف ومن غير صاحب الحق أو الذمة ومن غير نائبه فيكون التصرف صادر من غير صفة وهذا ما يسمى بعدم نفاذ التصرف قبل صاحب الحق أو الذمة .

.... ومن صور تصرف غير ذى صفة ما يلى :

بيع ملك الغير :

... تنص المادة 446 من القانون المدنى على ما يأتى :

إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ـ جاز للمشترى أن يطلب ابطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو لم يسجل .

وفى كل حالة لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد) .

... كما تنص المادة 467 مدنى على ما يأتى :

إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحاً فى حق المشترى .

وكذلك ينقلب العقد صحيحاً فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد.

تعريف بيع ملك الغير :

يقصد ببيع ملك الغير بيع عين معينة بالذات غير مملوكة للبائع متى قصد به نقل الملكية فى الحال إلى المشترى مقابل ثمن نقدى .

شروط بيع ملك الغير :

فيشترط لاعتبار العقد بيعاً لملك الغير تجرئ عليه أحكام بيع ملك الغير أن تتوافر فيه ثلاثة شروط أساسية : أولها : أن يكون الغرض من العقد نقل الملكية فى الحال مقابل ثمن نقدى وثانيها : أن يكون المبيع غير مملوك للبائع أو للمشترى وثالثها : أن يكون المبيع قيمياً معيناً بذاته .(شنب بند ـ 5).

أولاً : أن يكون المبيع غير مملوك للبائع

إذا كان المبيع غير مملوك للبائع أو للمشترى وقت البيع فإن كان مملوكا للبائع ملكية باته وقت البيع صح البيع ولم يكن للمشترى ابطاله على أساس أحكام بيع ملك الغير ولو طرأ بعد البيع ما يزيل ملكية البائع .

أما إذا كانت ملكية البائع غير باته بأن كانت معلقة على شرط واقف أو فاسخ فإن كان البائع قد باع المبيع على أنه مملوك له ملكية باته ثم تحقق الشرط الفاسخ ، أو تخلف الشرط الواقف كان البيع بيعاً لملك الغير (السنهورى بند 154 ـ البدراوى بند 389 ـ الهلالى وزكى بند 178) أما إذا تم البيع على أساس أن ملكية البائع للمبيع مقترنة بشرط فاسخ أو واقف فالرأى السائد أن البيع يصح فى الحالتين وتنتقل الملكية بمقتضاة إلى المشترى موصوفه بالوصف نفسه فيكون مالكاً تحت شرط فاسخ أو واقف فإن تحقق الشرط الفاسخ أو تخلف الشرط الواقف زالت ملكيته بأثر رجعى فإن كان البيع احتمالياً أى أقدم فيه المشترى على شراء حق البائع فى المبيع بحالته التى هو عليها أى اشترى مجرد الأمل فى الملكية ان كانت معلقة على شرط واقف أو مجرد الملكية الضعيفة القلقة إن كانت معلقة على شرط فاسخ كان المشترى مخاطراً ولم يكن له الرجوع على البائع بشئ ما إذ يكون ذلك قد روعى بطبيعة الحال عند تحديد الثمن . (البدراوى بند 389 ـ السنهورى بند 154 وهامش ص 273) .

وأما إذا كان المبيع مملوكا للمشترى فان البيع لا ينعقد أصلاً لاستحالة محله والمقصود منه استحالة مطلقة ومن ثم لا تكون حيال بيع لملك الغير (السنهورى هامش ص 268و 277 ـ شنب بند 50 ـ غانم ص24 ـ الهلال وزكى بند 157) وهكذا تتحدد منطقة بيع ملك الغير فى الحالة التى يكون فيها المبيع غير مملوك للبائع أو المشترى ، كأن يبيع الزوج عقاراً مملوكاً لزوجته على أنه مملوك له وليس نائباً عنها ، وكأن يبيع الأب مال ابنه على أنه مملوك له وليس بصفته ولياً طبيعياً عليه أو أن يبيع الابن مال أبيه على أنه مملوك له وليس على أنه مال سيرثه مستقبلاً لأنه فى هذه الحالة الأخيرة يكون تعاملاً فى تركة مستقبلة فيقع باطلاً بطلاناً مطلقاً عملاً بالفقرة الثانية من المادة 131 أو أن يبيع الوارث عيناً ليست فى التركة أو لم تقع فى حصته بعد القسمة أو أن يبيع شخص مالاً مملوكاً للدولة ملكية خاصة (يراجع فى هذه الأمثلة السنهورى ص275 ـ الهلالى وزكى ص152) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : متى كان الحكم المطعون فيه قد بنى قضاءه برد ما دفعه المطعون عليهما من ثمن الأطيان المبيعة لهما من الطاعن الذى آلت اليه بمقتضى عقد مقايضة بينه وبين المتصرف الخاضع لأحكام قانون الاصلاح الزراعى ، وببطلان عقد البيع بدعوى وقوعه على ملك الغير ، تأسيساً على أنه لم يثبت أن المتصرف الصادر منه عقد البدل للبائع قد اختار هذه الأطيان ضمن ما اختاره من أملاكه دون أن يثبت الحكم من أن هذه الأطيان قد استولى عليها من جهة الاصلاح الزراعى وكان ما استند إليه الحكم لا يفيد بذاته أن القدر المتبادل عليه الذى بيع للمطعون عليها يدخل فيما استولى عليه ، فإن الحكم يكون قد خالف القانون وشابه قصور مما يستوجب نقضه . (1962/5/3 ـ م نقض م ـ 13 ـ 565) .

التمييز بين بيع ملك الغير وبين إدعاء النيابة عن الغير أو مجاوزة حدود النيابة عنه :

يشترط ليعتبر البيع بيعاً لملك الغير تجرى عليه أحكام المواد 466 حتى 468 أن يكون المنسوب إليه البيع غير مالك للمبيع وقت البيع سواء تم البيع أصوله أو بطريق النيابة إذ العبره بملكية من تنصرف إليه آثار البيع فإذا تم البيع بطريق النيابة سواء كانت هذه النيابة قانونية أو اتفاقية فالعبرة بملكية الأصيل الذى تنصرف إليه آثار العقد فينسب إليه البيع فإن كان مالكاً لم نكن بصدد بيع لملك الغير بطريق النيابة فتجرى عليه أحكام النيابة فى التعاقد المنصوص عليها فى المواد 104 حتى 108 فإن كان من باع عن المالك نائباً عنه والتزم حدود هذه النيابة لنصرف أثر العقد إلى المالك الأصيل (مادة 105) دون النائب الذى يعتبر أجنبياً عن التعاقد إلا بالنسبة لعيوب الإرادة وأثر العلم ببعض الظروف (مادة 104) إما ان كان من باع عن المالك ليس نائباً عنه أو جاوز حدود هذه النيابة فإن البيع لا ينصرف إلى الأصيل إلا إذا أقره يستوى فى ذلك علم أو عدم علم أى من المتعاقدين بعدم النيابة أو مجاوزة حدودها كما أن البيع لا ينصرف إلى من ادعى النيابة عن المالك أو جاوز حدودها لأنه لم يعمل باسمه من جهة ولأن نية الطرفين لم تنصرف من جهة أخرى إلى أن يكون التعاقد لحسابه . وهكذا لا تترتب آثار البيع سواء بالنسبة إلى المالك أو بالنسبة لمن ادعى النيابة عنه أو جاوز حدودها ولا يكون للمشترى سوى الرجوع على هذا الأخير بتعويض الأضرار التى أصابته من جراء عدم نفاذ العقد ويشترط لذلك ألا يكون عالماً بانعدام النيابة أو بمجاوزة حدودها

ولكن هذا الرجوع لا يكون على أية حال على أساس العقد وإن اختلف الرأى بين القول بتأسيسه على الخطأ التقصيرى ، أو الخطأ عند تكوين العقد أو التعهد عن الغي ـ السنهورى فى المجلد الأول من الجزء السابع من الوسيط بندى 303 و 305) وتظهر أهمية التمييز بين بيع ملك الغير وبين ادعاء النيابة عن المالك أو مجاوزة حدودها فى اختلاف الأحكام التى تسرى على كل منهما فى ذلك أنهما وإن كانا يتفقان فى أن البيع يعتبر غير نافذ فى حق المالك إلا إذا أقره إلا أنهما يختلفان اختلافاً أساسياً فى أحكامهما سواء فى حالة اقرار المالك للبيع أو فى حالة عدم اقراره له . ففى حالة اقرار المالك للبيع بالنيابة ، يكون لاقراره أثر رجعى فى حقه من جهة وتقوم علاقة البيع مباشرة بينه وبين المشترى من جهة أخرى إذ تنصرف إليه كافة آثار العقد من تاريخ ابرامه ولا يرتب العقد من جهة ثالثة أى أثر فى حق النائب فى حين أن اقرار المالك فى بيع ملك الغير لا يرتب أثره فى ذمته إلا من تاريخ صدوره فلا يكون له أثر رجعى ، ولا ينشئ طبقاً للرأى السائد علاقة مباشرة بين المالك وبين المشترى فلا تنصرف آثار العقد إلى المالك إذ يقتصر أثره على إزالة العقبة التى كانت تحول دون نقل الملكية ، ويبقى العقد منتجاً أثاره فى علاقة المشترى والبائع غير المالك فيكون لكل منهما مطالبة الآخر بالتزاماته الناشئة عن العقد وكذلك الشأن فى حالة عدم اقرار المالك للبيع إذ فى حالة البيع بالنيابة لا ينتج العقد ـ حسبما أسلفنا ـ آثار البيع فى حق من ادعى النيابة فلا يخوله حقوق البائع ولا يلقى عليه التزاماته فلا يكون له المطالبة بالثمن لشخصه ولا يكون عليه تنفيذ الالتزام بالتسليم أو ضمان التعرض أو الاستحقاق أو العيوب وإن جاز الزامه بالتعويض على التفصيل السالف ولا يكون للمشترى فى علاقته بالنائب طلب ابطال العقد لأنه لا يوجد تعاقد بينه وبين شخص الأخير ، أما فى بيع ملك الغير فإن الأمر على العكس تماماً إذ يظل العقد قائماً نافذاً بين طرفيه فيخول البائع مطالبة المشترى بالثمن ويحمله الالتزام بالتسليم وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب كما يحمله الالتزام بنقل الملكية الذى يستطيع تنفيذه عن طريق الحصول على اقرار المالك الحقيقى للبيع. كما يكون للمشترى طلب ابطال البيع ولو كان يعلم بعدم ملكية البائع ولكن حتى يقضى بهذا البطلان يظل العقد قائماً منتجاً آثاره على النحو السالف .

ومن خلال ما سلف فإننا لا نكون حيال بيع لملك الغير إذا أبرم البيع شخص بوصفه وكيلاً عن المالك واتضح عدم وجود الوكالة أو مجاوزة حدودها أو إذا ابرم البيع شخص بوصفه نائباً قانونياً عن المالك كالولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب ولم تكن له هذه الصفة أو جاوز حدودها بأن لم يحصل الولى أو الوصى أو القيم على موافقة محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال على البيع فى الأحوال التى يستلزم فيها القانون ذلك إذ يسرى فى هذه الصور حكم المادة 118 مكملة بأحكام النيابة المنصوص عليها فى المواد 104 حتى 108 ويلاحظ فى هذا الصدد أنه وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 140 يسقط الحق فى إبطال العقد لنقض الأهلية بمضى ثلاث سنوات من زوال هذا السبب أى من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد أو الحكم برفع الحجر للغفلة أو السفه ، فى حين أن المشرع ـ حسبما ستعرض ـ لم يتعرض لتقادم الدعوى التى يرفعها المشترى ببطلان بيع ملك الغير أو التى يرفعها المالك بعدم نفاذ البيع فى حقه ولا شبهة فى أن الدعوى الأخيرة لا يرد عليها التقادم لأنها صورة من دعوى الاستحقاق التى تحمى حق الملكية الذى لا يسقط بالتقادم أما دعوى المشترى بإبطاله بيع ملك الغير فقد ذهب الرأى السائد بأنها تنقضى بمضى ثلاث سنوات من تاريخ علم المشترى بعدم ملكية البائع أو بمضى خمسة عشر عاماً من تاريخ العقد .

وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كانت الوصية حين تصرفت ببيع الأطيان المملوكة للطاعنة إنما كان ذلك باعتبارها نائبة عنها نيابة قانونية تحل فيها ارادتها محل إرادة الأصيل ـ القاصر ـ مع انصراف الأثر القانونى لهذه الإرادة إلى هذا الأخير كما لو كانت قد صدرت منه لا يغير من ذلك الا تكون قد استأذنت محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال فى هذا التصرف اذ يعتبر تصرفها مع ذلك مجاوزاً لحدود تلك النيابة كما لا يعتبر بيعاً لملك الغير الذى يصدر من غير مالك ، لما كان ذلك فلا تثريب على الحكم المطعون فيه ان هو التفت عن دفاع الطاعنة بعدم نفاذ العقد فى حقها استناداً إلى قواعد بيع الغير أو لتجاوز النائب حدود نيابته لأنه دفاع لا سند له من القانون مما لا يعيب الحكم إغفال الرد عليه . (1980/12/16 الطعن 1207 السنة 49ق) .

هل بيع الشريك المشاع بيعاً لملك الغير ؟

بيع الشريك المشاع لا يعتبر بيعاً لملك الغير ، إذ هو موقوف على نتيجة القسمة بمراعاة مالها من أثر كاشف ، فإن وقع المبيع فى نصيب البائع وإن لم يقع فى نصيبه كان المبيع الصادر منه بيعاً لملك الغير مع مراعاة قواعد الحلول العينى المقررة فى الفقرة الثانية من المادة 826 (يراجع السنهورى ص274) .

حكـم بيـع الـوارث الظاهـر :

بيــع الــوارث الظــاهــر :

هو فى حقيقته بيع لملك الغير إذ المبيع مملوك للوارث الحقيقى ولكن البعض يذهب إلى أنه بالرغم من ذلك يقع صحيحاً نافذاً فى حق الوارث الحقيقى احتراماً للأوضاع الظاهرة وعملاً على استقرار المعاملات فيمتلك المشترى المبيع فلا يحتاج إلى الحماية المقررة فى أحكام بيع ملك الغير (السنهورى ص274) ولكن محكمة النقض رأت بطلان بيع الوارث الظاهر باعتباره بيعاً لملك الغير) .

فقد قضى بأن : تنص المادة 466 من القانون المدنى فى فقرتها الأولى عنى أنه " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات لا يملكه جاز للمشترى أن يطلب إبطال العقد ، وبفقرتها الثانية على أنه " وفى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد ، إذ كان بيع الوارث الظاهر هو بيع لملك الغير وكانت عبارة النص واضحة فى عدم سريان بيع ملك الغير فى حق المالك ، فإنه لا يجوز الخروج عن صريح النص بدعوى استقرار المعاملات ، يؤكد هذا النظر أن القانون عندما أراد حماية الأوضاع الظاهرة وضع لها نصوص استثنائية يقتصر تطبيقها على الحالات التى وردت فيها فقد نص القانون المدنى فى المادة 244 على أنه " إذا ابرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية ان يتمسكوا بالعقد الصورى كما أن لهم ان يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضربهم ، وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك آخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين وبالمادة 333 على أن " إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا لوفاء أو عادت عليه منفعة منه ، وبقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته

وفى المادة 1024 على أنه يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه العقد إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن بيع الوارث الظاهر صحيح نافذ فى حق الوارث الحقيقى ، فإنه يكون قد خالف القانون . (نقض 1979/3/29 ـ م نقض م ـ 30 ـ 980)

ثانياً : أن يكون المبيع قيمياً معيناً بالذات

فإذا كان المبيع من المثليات لم يعتبر البيع بيعاً لملك الغير ولو كان البائع لا يملك وقت البيع أى قدر من المبيع لأنه لا يمكن القول فى هذه الحالة أن المبيع مملوك للغير وهو ما يشترطه المشرع لإبطال البيع فلا يكتفى بأن يكون المبيع غير مملوك للبائع وقت البيع وكذلك الشأن بالنسبة إلى بيع الأشياء المستقبلة أو الأشياء الموصى بصنعها لأنها وهى لم توجد وقت العقد لا يمكن نسبة ملكيتها وقت البيع إلى غير البائع ولكن متى كان المبيع مملوكاً وقت البيع لغير البائع فإنه يستوى إن يكون المبيع عقاراً أو منقولاً (شنب بند 50 ـ السنهورى ص 272) .

يترتب على العقد فيما بين طرفين كافة الآثار التى يرتبها عقد البيع :

فيستلزم البائع نقل الحق المبيع إلى المشترى وان كان لا يمكن تنفيذ الالتزام جبرا ما بقى البائع غير مالك ، كما يلتزم البائع بتسليم المبيع وبعدم التعرض شخصياً للمشترى سواء كان التعرض قانونياً أو مادياً ، ويضمن عدم تعرض الغير كما يضمن العيب الخفى ، ويلتزم المشترى بدفع الثمن وتكاليف المبيع ونفقات العقد وباستلام المبيع ، مع ملاحظة أن للمشترى حبس الثمن بمجرد أن ينكشف أن المبيع غير مملوك للبائع ولو لم يتعرض له المالك الحقيقى (منصور بند 113 ـ مرقص بند 291) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : بطلان بيع ملك الغير مقرر لصالح المشترى فما لم يستعمله بالفعل بقى عقد البيع قائماً منتجاً لآثاره تثبت فيه الشفعة ثبوتها فى كل بيع تم مستوفياً لأركانه ولو حمل سبباً لبطلانه ويحل فيه الشفيع محل المشفوع منه فى جميع حقوقه والتزاماته لا يملك تعديله وتبعيض محله ، ولو تبين أن المبيع كله أو بعضه مملوك للغير مما محله الرجوع على البائع لا تفريق الصفقة ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بالأحقية فى الشفعة مقصورة على بعض المبيع وحمل قضاءه على ما أنبأ به من أن البائعة لا تملك مما بيع غير مساحة ..

وإن البيع فيما خلا ذلك قد وقع على ما يملكه الغير مما هو غير جائز ، إلا بإجازته ولم يجزه فلا تجوز الشفعة فيه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه (1979/1/10 ـ م نقض م ـ 30 ـ 173) ، وبأنه " بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب الحق فيه ، فإن عقد البيع يبقى قائماً منتجاً لإثارة بحيث يكون للمشترى أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ويعد هذا منه إجازة للعقد (1963/3/14 ـ م نقض م ـ 14 ـ 298) .

هل يجوز للمشترى طلب إبطال البيع رغم علمه وقت البيع بأن المبيع غير مملوك للبائع ؟

إن المبيع غير مملوك للبائع : إذ لم يشترط القانون حسن نية المشترى إلا فى طلب التعويض (مادة 468) ومن ثم يجوز له أن يطلب إبطال البيع لمجرد ثبوت عدم ملكية البائع للمبيع بغض النظر عما إذا كان يعلم أو لا يعلم بذلك وقت إبرام البيع أو بعده وبغض النظر كذلك عما إذا كان البائع يعلم بذلك أو لا يعلم وقت البيع أو وقت الطلب . (يراجع فى ذلك السنهورى بند 161 ـ غانم ص 35 ـ مرقص ص 514)

ولكن البعض يذهب إلى أنه يشترط لجواز طلب المشترى إبطال البيع إلا يكون عالماً عند إبرام البيع بعدم ملكية المبيع لأنه إذا كان يعلم بذلك فإن العقد لا يكون بيعاً بل عقداً غير مسمى موضوعه التزام الطرف الآخر بالحصول على موافقة البائع أى تعهد البائع عن الغير (شنب ص 75 و 76 ـ البدراوى ص 581) لا يمكن القول بأن مجرد علم المشترى بعدم ملكية البائع للمبيع يجعل من العقد تعهداً عن الغير وإنما يكون المرجع فى ذلك إلى نية الطرفين فى ضوء ظروف الدعوى وملابساتها فإن كانت تقيد التقاء إرادة الطرفين على قصر التزام أحدهما على السعى للحصول على موافقة المالك أو الحصول على ملكية المبيع تم نقلها إلى المشترى لم نكن بصد عقد بيع ، أما إذا لم تكشف ظروف التعاقد عن ذلك وكان البيع باتاً فلا مناص إزاء صراحة النص وعمومه من القول بحق المشترى فى طلب الإبطال ولو كان يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع ، ويكون للمشترى طلب الإبطال ولو كان جائزاً للمبيع ، ولو لم يكن المالك الحقيقى قد تعرض له ،

كما لا يلزم أن يكون قد أصابه ضرر من جراء البيع (السنهورى بند 61 شنب بند 51) ويكون التمسك بإبطال البيع عن طريق الدعوى أو طريق الدفع وهو حق للمشترى لا يجبر عليه إذ يجوز له إجازة العقد إجازة صريحة أو ضمنية عن طريق تمسكه بالعقد بمطالبة البائع بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد بنقل الملكية أو بالضمان فإن عجز البائع عن نقل الملكية كان للمشترى طلب الفسخ وإن عجز عن الضمان وقضى باستحقاق المبيع كان للمشترى رفع دعوى ضمان الاستحقاق (مرقص ص 514) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : لئن كان صحيحاً أن تسجيل عقد البيع لا ينقل الملكية إلى المشترى إلا إذا كان البائع مالكاً لما باعه إلا أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشترى وحده ولا يسرى فى حق المالك الحقيقى ولهذا المالك أن يقر البيع فى أى وقت فيسرى عندئذ فى حقه وينقلب صحيحاً فى حق المشترى . كما ينقلب العقد صحيحاً فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد . فإذا كان الطاعنون ـ ورثة المشترى فى عقد بيع ملك الغير ـ قد طلبوا ثبوت ملكيتهم استناداً إلى هذا العقد المسجل فإنهم يكونون بذلك قد أجازوا العقد ولا يكون بعد لغير المالك الحقيقى أن يعترض على هذا البيع ويطلب عدم سريانه فى حقه . ومن ثم فلا يكفى لعدم إجابة الطاعنين إلى طلبهم إن يثبت المدعى عليهم المنازعون لهم أن البائع لمورث الطاعنين غير مالك لما باعه بل يجب أن يثبتوا أيضاً أنهم هم أو البائع لهم الملاك لهذا المبيع إذ لو كان المالك سواهم لما قبلت منهم هذه المنازعة . (1968/4/18 ـ م نقض م ـ 19 ـ 780). وبأن " البيع الصادر من غير مالك ان كان باطلا فإن بطلانه ليس بطلاناً أصلياً بل ان القانون نص على صحته إذا أجازه المالك ، كما أن عدول المتعاقدين عما تعاقدا عليه جائز . فإذا تمسك المشترى بأن البائع له وإن كان قد سبق أن تصرف فى القدر المبيع له إلا أنه قد استرد ملكيته بعدوله عن العقد الذى كان قد تصرف به فيه وإن البيع الحاصل له هو قد اجازه من كان قد حصل له التصرف أولاً ، فيجب على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع وتفصل فيه بناء على أدلة منتجة لحكمها ، فإن هى قضت ببطلان عقده ، بمقولة أنه صدر من غير مالك دون أن ترد الأدلة على أن القدر المبيع فيه لم يكون بالذات وقت صدوره مملوكاً للبائع وكل ما قالته لا يدحض ما تمسك به المدعى كان حكمها قاصراً فى بيان الأسباب متعيناً نقضه " (1944/6/8 ـ م ق م ـ 134 ـ 367) . وبأنه " لا يستطيع شخص أن ينقل إلى غيره حقاً لم يؤول إليه . وإذن فمتى قضى نهائياً برفض دعوى صحة ونفاذ عقد بيع أطيان لبطلانه وكان المشترى بالعقد المذكور قد تصرف ، بالبيع إلى مشتر ثان فإن الحكم إذ قضى برفض دعوى صحة ونفاذ العقد الثانى لا يكون قد خالف القانون (1954/11/11 ـ م ق م 136 ـ 367)

وإذا كان للمشترى الخيار بين حقه فى إبطال البيع ، وحقه فى فسخه وحقه فى الرجوع بضمان الاستحقاق ، إلا أنه ليس له أن يجمع بين المطالبة بهذه الحقوق من جهة .. وإذا قضى له بأحدهما امتنع عليه الرجوع بالأخرى من جهة أخرى ، كما أنه إذا رجع بأحدهما التزم بالقواعد والإجراءات التى تحكم الحق الذى تمسك به والدعوى التى رفعها به (يراجع مرقص ص 514 ، 515) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : لئن أجازت المادة 466 من القانون المدنى للمشترى فى حالة بيع ملك الغير أن يطلب إبطال هذا البيع إلا أنها لم تمنعه من المطالبة بفسخ العقد على أساس أن البائع قد أخل بالتزامه بنقل الملكية " (1977/1/11 ـ م نقض م ـ 28 ـ 211) .

ويسقط حق المشترى فى طلب إبطال البيع بالتقادم ، وإذا كان المشرع لن يتعرض لذلك إلا أن الرأى السائد أن مدة التقادم ثلاث سنوات من تاريخ علم المشترى بعدم ملكية البائع أو خمسة عشر سنة من تاريخ العقد أى المدتين أقصر قياساً على سائر حالات الابطال (السنهورى بند 161 ـ البدراوى بند 396 ـ غانم 26 ـ شنب ص77 ـ منصور بند 114) ولكن البعض يذهب إلى أنه مادام المشرع لم يتعرض لتقادم دعوى المشترى بابطال العقد أو بداية مدته فيخضع للقواعد العامة فتكون المدة خمسة عشر عاماً من تاريخ إبرام العقد (مرقص بند 292 ـ مرسى بند 233).

ويسقط حق المشترى فى طلب إبطال البيع بأجازته البيع أجازة صريحة أو ضمنية كان يقدم رغم علمه بعدم ملكية البائع على تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد كان يتسلم المبيع أو يدفع الثمن (السنهورى هامش ص293) ومتى تم ذلك انقلب البيع صحيحاً فيما بين طرفيه والتزم كل منهما بتنفيذ التزاماته الناشئة عنه . ولكن يبقى للمشترى طلب فسخ البيع لاخلاء البائع بالتزامه بنقل الملكية أو الرجوع بدعوى ضمان الاستحقاق لاستحقاق المبيع للغير .

كما يسقط حق المشترى فى الإبطال وينقلب البيع صحيحاً بإقرار الملك الحقيقى للبيع أو بأيلولة ملكية المبيع إلى البائع كأن يكون قد اشترى المبيع من المالك الأصلى أو تلقاه وصيه منه أو ميراثاً عنه فتنتقل الملكية إلى المشترى بمجرد انتقالها إلى البائع ولكنها تنتقل إليه محملة بالحقوق التى يكون المالك الحقيقى قد رتبها وينتج إقرار المالك الحقيقى للبيع أو اكتساب البائع لملكية المبيع هذا الأثر ولو تما بعد إعلان المشترى للبائع برجوعه عن البيع ماداما قد تما قبل رفعه دعوى الأبطال أما إذا تما بعد رفع الدعوى ولو قبل صدور الحكم فيها فإن ذلك لا يسقط حق المشترى فى طلب الإبطال وان كان يمكن أن يوصف إصراره على طلبه بالرغم من ذلك بالتعسف فى استعمال الحق ويمكن الاستهداء فى هذا الصدد بنص المادة 124 مدنى (يراجع السنهورى بندى 161 و 164 وهامشهما ـ وقارن مرسى بند 234 حيث يرى كفاية إعلان المشترى عن رجوعه عن البيع قبل صدور إقرار المالك أو تملك البائع للحكم بالإبطال ـ الهلالى وزكى بندى 179 و 181 حيث يريان أن يكفى لسقوط حق المشترى فى طلب الإبطال أن يتملك البائع المبيع قبل صدور الحكم بالإبطال ولو تم ذلك بعد رفع الدعوى وإن كانا يريان أنه لا يكفى لذلك إقرار المالك قبل صدور الحكم مادام لم يصدر إلا بعد رفع الدعوى) .

وإذا كسب المشترى ملكية المبيع عند طريق البيع القابل للإبطال :

فإن كان قد كسب عن غير طريق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، أو التقادم المكسب القصير فالسائد أن ذلك لا يسقط حقه فى طلب إبطال البيع ولا يجعلا هذا البيع صحيحاً كان يكون قد تملك المبيع بالتقادم المكسب الطويل أو عن طريق الشراء من المالك الحقيقى أو الميراث عنه أو الوصية منه أو الشفعة فى بيع صدر منه أو غير ذلك من طرق كسب الملكية أما إذا كان المشترى قد كسب ملكية المبيع المنقول بموجب قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، أو كسب العقار بالتقادم المكسب القصير حيث يعتبر العقد الصادر إليه من غير مالك سنداً صحيحاً إذا كان قد سجله ، فقد ذهب رأى إلى أن حق المشترى فى طلب إبطال البيع يسقط وينقلب البيع صحيحاً لزوال الضرر المقصود توقيه بطلب الإبطال ولأن الحيازة إنما تستند فى هذه الحالة إلى العقد أو تقوم مقامه فى إحداث الأثر الذى تخلف عنه وهو نقل الملكية (مرقص بند 298ـ السنهورى هامش ص 274 و296) ويشترط البعض لذلك أن يتمسك المشترى باكتساب الملكية بالحيازة أو التقادم

فإن لم يفعل لم يستطيع أحد أن يجبره على ذلك ويترتب على ذلك أن البائع لا يستطيع أن يدفع رجوع المشترى عليه بدعوى ضمان الاستحقاق بتقصير الأخير فى رفع دعوى المالك الحقيقى بملكية المبيع بالحيازة أو بالتقادم لأن هذا الدفاع قاصر على شخص المشترى ولم يكن البائع ليستطيع التمسك به لو أدخل فى الدعوى ، والمشترى لا يسأل عند عدم إدخاله فى دعوى الاستحقاق إلا عن التقصير فى إبداء أوجه الدفاع التى كان يجوز للبائع إبداؤها (الهلالى وزكى بند 180 وهامش ص172 ـ شنب ص 79) فى حين يذهب رأى آخر إلى أن المشترى يبقى له دائماً طلب إبطال البيع حى ولو كان قد اكتسب ملكية المبيع بالحيازة أو التقادم القصير ، فإن هو طلب الأبطال بعد استكماله المدة المكسبة عد ذلك تنازلاً ضمنياً عن الحق المكتسب (منصور ص251)

ويتعين أن توجه دعوى الابطال إلى البائعين قبل انقضائها بالتقادم :

فقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتد فى حق المطعون عليهم الثلاثة الأول ـ المشترون ـ بتاريخ إدخالهم فى الدعوى بطلب إبطال البيع الصادر لهم من الوصى على الطاعنة ولم يعتد بتاريخ إيداع صحيفة الدعوى قبل الوصى وآخر لا شأن له بالخصومة ورتب على ذلك سقوط حقها فى طلب إبطال العقد لمضى أكثر من ثلاث سنوات على تاريخ بلوغها سن الرشد فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً ، ذلك أن الخصومة فى دعوى إبطال البيع فى هذه الحالة إنما تدور بين الطاعنة وبين المشترين أصحاب المصلحة الأول فى التمسك بالعقد ، وإذ كان الأصل فى الإجراء القاطع للتقادم أن يكون متعلقاً بالحق إعداد اقتضاؤه ومتخذا بين نفس الخصوم بحيث إذا اختلف الخصوم لا ينبنى عليه الأثر . ومن ثم لا يصلح توجيه الدعوى بطلب إبطال العقد للوصية إجراء قاطعاً لتقادمها قبل المطعون عليهم الثلاثة الأول ـ المشترين ـ إذ لا يصح أن يضار خصم من إجراء لم يتخذ فى مواجهته وإنما اتخذ فى مواجهة آخر ، ومن المقرر أن البائع فيما يتعلق بقطع التقادم لا يمت المشترى فى الدعاوى اللاحقة للتاريخ الثابت بعقد البيع" (1980/12/16 - الطعن رقم 1207 السنة 49 ق لم ينشر بعد) .

وليس للبائع أن يتمسك بإبطال البيع :

إذ قصر المشرع هذا الحق على المشترى وقد نصت المادة 138 على أنه إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً فى إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق (منصور ص 247) ويستوى فى ذلك أن يكون البائع وقت البيع حسن النية أى لا يعلم بعدم ملكيته للمبيع أو سئ النية أى يعلم بذلك ، ولكنه إذا كان حسن النية جاز له طلب إبطال البيع للغلط إذا توافرت الشروط اللازمة لذلك (الهلالى وزكى بند 185 ـ منصور ص 248 ـ غانم ص 24 ـ شنب ص 76 ـ يؤيد هذا الرأى السنهورى هامش ص 290 ـ البدراوى بند 299 ـ وقارن مرقص ص 516 وهامشه حيث يرى أن حسن نية البائع لا يخوله إبطال البيع بأى وجه ولا يترتب عليه سوى إعفائه من تعويض الأضرار غير المتوقعة).

وأما بالنسبة إلى المالك الحقيقى فإن عقد البيع غير نافذ فى حقه سواء ظل بين طرفيه قابلاً للإبطال أو انقلب صحيحاً بإجازة المشترى أو سقوط حقه فى الإبطال فلا تتأثر حقوق المالك الحقيقى بذلك البيع ويبقى المبيع على ملكه ويستطيع الرجوع على المشترى بدعوى الاستحقاق أن هو تسلم المبيع وله أن يرجع عليه بالتعويض وبالثمار أن كان سئ النية أما إن كان المشترى حسن النية فإنه يملك الثمار بالقبض ويكون للمالك الرجوع على البائع بالتعويض عنها وعما أصابه من ضرر بسبب خروج المبيع من يده ويشترط فى هذه الحالة أن يكون البائع قد ارتكب خطأ سواء بتعمده بيع ما لا يملك أو بعدم تحرزه فى تحرى ملكيته لما باع ، أما إذا ثبت حسن نيته وعدم ارتكابه أى خطأ كما لو كان وجد المبيع فى تركة آلت إليه فاعتقد ملكيته له بالميراث انتفى موجب إلزامه بالتعويض . ورغم عدم نفاذ البيع فى حق المالك الحقيقى فإنه قد يؤدى إلى أن يفقده حقه على المبيع كما لو تسلم المشترى المبيع وهو حسن النية فهو يتملكه بالحيازة إن كان منقولاً كما يتملكه بالتقادم القصير إن كان عقاراً وسجل العقد إذ يعتبر العقد سبباً صحيحاً صادراً من غير مالك ولا يبقى للمالك سوى الرجوع على البائع بالمسئولية التقصيرية (السنهورى بند 165 ـ منصور بند 113 ـ مرقص بند 294 ـ شنب بند 54 ـ غانم ص 27).

وقد قضت محكمة النقض بأن : وإن كان لا يجوز طلب إبطال بيع ملك الغير إلا المشترى دون البائع له إلا أن المالك الحقيقى يكفيه أن يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف فى حقه أصلاً إذا كان العقد قد سجل

أما إذا كانت الملكية مازالت باقية للمالك الحقيقى لعدم تسجيل عقد البيع فإنه يكفيه أن يطلب طرد المشترى من ملكه لأن يده تكون غير مستنده إلى تصرف نافذ فى مواجهته وأن يطلب الريع عن المدة التى وضع المشترى فيها يده على ملك غير البائع له . إذ كان ذلك وكان هذا هو عين ما طلبه الطاعنون فى الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض طلباتهم على أساس أنه كان يتعين عليهم أن يطلبوا الحكم باسترداد العقار أولاً دون أن يتصدى لبحث عناصر دعواهم وما إذا كانت ملكيتهم للقدر المطالب بطرد المطعون ضده منه وبريعه ثابتة من عدمه فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب (1979/1/24 ـ م نقض م ـ 30 ـ 363)

وقابلية بيع ملك الغير للأبطال جزاء من نوع خاص يستند إلى النص الذى قرره دون القواعد العامة فى البطلان :

إذ كان الرأى قد اختلف حول جزاء بيع ملك الغير وتكييفه فذهب رأى إلى أن الجزاء هو الفسخ وليس البطلان ، وذهب رأى آخر إلى أنه البطلان المطلق ، فى حين قال فريق ثالث بأنه البطلان النسبى (يراجع فى استعراض هذه الآراء السنهورى بند 155 ـ الهلالى وزكى فى البنود 163 وما عبده ـ مرقص بند 300 وما بعده) وقد حسم النص الحالى هذا الخلاف بالنص على أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشترى، ومع ذلك فقد ذهب البعض إلى أنه عقد باطل بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل وإن كان يمكن أن يتحول من عقد ناقل للملكية فى الحال إلى عقد منشئ فقط لالتزامه بنقل الملكية فى المستقبل (مرقص بند 305 ـ ويراجع فى مناقشة هذا الرأى منصور بند 115 والسنهورى بند 156) . فى حين ذهب رأى إلى اعتبار عقد بيع ملك الغير عقداً موقوفاً إذ يتوقف أثره على إقرار لمالك (الدكتور شفيق شحاته فى النظرية العامة للتأمين العينى الجزء الأول بند 92) ولكن الرأى السائد أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشترى فهو ليس عقداً باطلاً مطلقاً بصريح النص وهو ليس عقداً موقوفاً إذ هو منتج آثاره بين طرفيه ، ولكن قابلية بيع ملك الغير وان تقررت بالنص لم تكن تسعف بها القواعد العامة فى نظرية العقد

إذ أن مجرد عدم ملكية البائع للمبيع وقت العقد لا تحقق المقصود بالاستحالة المطلقة فى حكم المادة 139 كما انه لا يشترط حسن نية المشترى للتمسك بالإبطال فلا تسعف قواعد الغلط فى ذلك (يراجع فى ذلك غانم ص21) وقارن شنب بند 55 حين يرى إمكان استناد بطلان بيع ملك الغير إلى الغلط ومن ثم يتعين الرجوع فى شأن السند الغنى لهذا البطلان وأحكامه إلى النصوص المتعلقة ببيع ملك الغير مكملة بالأحكام العامة فى قابلية العقد للإبطال ، فيظل العقد قائماً منتجاً آثاره إلى أن يقضى بإبطاله فإن قضى بذلك نهائياً ، ارتد الإبطال إلى تاريخ إبرام العقد فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها .

وللمالك الحقيقى أن يطلب تقرير عدم نفاذ البيع فى حقه :

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذ كانت محكمة الموضوع ملزمة بإعطاء الدعوى وضعها الحق وتكييفها القانونى الصحيح ، وكان الثابت من الحكم الابتدائى والحكم المطعون فيه ـ أن الطاعن أقام دعواه طالباً الحكم بإبطال عقد البيع موضوع النزاع بالنسبة لحصته البالغ مقدارها 12 قيراطاً على الشيوع فى العقار المبيع استناداً إلى نص الفقرة الثانية من المادة 446 من القانون المدنى ، فإن التكييف القانونى السليم للدعوى هى أنها أقيمت بطلب الحكم بعدم سريان ذلك العقد فى حق الطاعن " (1979/3/29 ـ 3م نقض م ـ 30 ـ 981) وبأنه " تنص المادة 466 من القانون المدنى فى فقرتها الأولى على أنه " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشترى أن يطلب إبطال العقد كما تقضى الفقرة الثانية بعد سريان هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ، وإذ كان الطاعن قد أقام دعواه أمام محكمة أول درجة طالباً الحكم بإبطال عقد البيع الصادر من المطعون عليه الأول إلى المطعون عليهما الثانى والثالث استناداً إلى أن الأطيان المبيعة ملك الطاعن دون البائع وتمسك الطاعن فى صحيفة دعواه بنص المادة المذكورة بفقرتيها فإن التكييف القانونى السليم للدعوى هو أنها أقيمت بطلب الحكم بعدم سريان العقد محل النزاع فى حق الطاعن ، وإذ كيف الحكم المطعون فيه الدعوى بأنها دعوى إبطال عقد البيع وذهب إلى أن طلب عدم سريان البيع بالنسبة للطاعن هو طلب جديد لا يقبل فى الاستئناف لعدم تقديمه إلى محكمة الدرجة الأولى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " (1977/11/10 ـ م نقض م ـ 28 ـ 1659)

ثالثاً : أن يكون الغرض من العقد نقل الملكية فى الحال مقابل ثمن نقدى

يجب أن يكون العقد بيعا أى قصد به التزام أحد الطرفين بنقل الملكية إلى الطرف الآخر فى الحال مقابل ثمن نقدى فتخرج بذلك العقود التى لا تتضمن التزام أحد الطرفين بنقل الملكية وان تضمنت إلزامه بأعمال تتصل بذلك كالعقد الذى يلزم أحد الطرفين بالحصول على ملكية شىء مملوك للغير ثم نقلها إلى الطرف الآخر أو العقد الذى يلزم أحد الطرفين بالحصول على موافقة المالك على البيع إلى الطرف الآخر أو العقد الذى فيه أحد الطرفين الآخر يعد ببيع شىء معين غير مملوك له إذ الوعد بالبيع ليس بيعا بائنا وهو لا يتحول كذلك الا عند إظهار الموعود له رغبته فى الشراء ولا يكون له حينئذ اثر رجعى ومن ثم فالعبرة بملكية البائع للمبيع بوقت إظهار الرغبة فان لم يكن الواعد قد حصل على الملكية فى وقت إظهار الرغبة كان بائعا لملك الغير فى هذا الوقت و كذلك العقد الذى يعرف بالبيع الرومانى حيث يقتصر التزام أحد الطرفين بتمكين الآخر من الحيازة الهادئة فلا ينشا من العقد التزام بنقل الملكية وإنما يتولد عنه فقط التزام بضمان الحيازة الهادئة المستمرة ولا يكون للطرف الآخر الرجوع على المتعهد الا بالضمان عند التعرض المالك الحقيقى له بالفعل (البدراوى 578) وأيضا عقد البيع المعلق على شرط تملك البائع للمبيع كأن يبيع شخص شيئاً بشرط رسو مزاده عليه و كذلك البيع الاحتمالى حيث يكون البيع مجرد احتمال (السنهورى بند 154 و هامشه – و يراجع شنب بند 50 – غانم ص 23 – مرقص فى البنود 18، 87، 288)

إقرار المالك الحقيقى للبيع :

لا يقتصر اثر هذا الإقرار على تصحيح العقد فيما بين طرفية أو على سقوط حق المالك فى الادعاء بحق على المبيع يتعارض مع الحقوق التى كسبها المشترى بموجب العقد وإنما هو يجاوز ذلك الى زوال العقبة التى كانت تمنع من نقل الملكية أو الحق المبيع الى المشترى فإذا صدر الإقرار قبل أن يرفع المشترى دعوى الإبطال سقط حقه فى هذا الطلب وانقلب البيع صحيحا من هذه الزاوية بالنسبة إليه فيكون للإقرار فى حقه بهذه المثابة اثر رجعى إذ يصحح البيع من تاريخ العقد لا من تاريخ الإقرار أما بالنسبة إلى المالك الحقيقى

فإن الإقرار لا ينتج أثره فى حقه الا من تاريخ صدوره وليس من تاريخ إبرام العقد و إذا كان المبيع عقارا فان الإقرار لا ينتج أثره فى نقل الملكية الى المشترى إلا إذا سجل و من تاريخ هذا التسجيل ويترتب على ذلك أن الحقوق التى كان المالك الحقيقى قد رتبها على المبيع فى تاريخ سابق على الإقرار أو تسجيله تسرى فى حق المشترى إذا ما نفذ فى حقه الإقرار لصدوره قبل دعوى الإبطال فتنتقل إليه ملكية المبيع محملة بها (السنهورى بند 166 شنب 54 – منصور بند 113)

وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كان أحد الملاك العقار المبيع قد وقع على عقد البيع بصفته وكيلا عن باقى الملاك وثبت انه لم تكن له صفة النيابة عنهم وقت إبرام التعاقد وانه تصرف بغير علمهم فى حصصهم فى البيع فانهم متى اقروا البيع فان العقد يسرى فى حقهم عملا بالمادة 467 من القانون المدنى (1967/12/28 م نقض م – 18- 1932) وبأنه " إذا دفع بأن الشفيع لا يملك العين التى يشفع بها لأن العقد الذى يستند إليه فى تملكها لم يصدر من مالكها بل من وكيل عنة كان قد عزله بكتاب مسجل سابق على تاريخ البيع المدعى و قضت المحكمة للشفيع بالشفعة بناء على انه مالك فعلاً فلا تثريب عليها فى ذلك إذ حتى لو صح أن العقد كان صادرا من وكيل معزول فان بطلانه كان نسبيا و لهذا فإن العيب الذى يشوبه لا يمنع انتقال الملك حتى يتقدم من حق البطلان لمصلحته ويطلب إبطاله والمشفوع منه لا شأن له بهذا البطلان " (1944/6/8 – م ق م 43 – 712) .

ولا يشترط أن يكون إقرار المالك صريحاً إذ قد يستفاد ضمنا من ظروف الحال كأن يوقع على عقد البيع باعتباره ضامنا متضامنا مع البائع :

وقد قضت محكمة النقض بان " متى كان الطاعنون قد استندوا فى إجازة المطعون عليهما الأولين للعقد موضوع الدعوى على حضورهما فى الدعوى رقم ..... وتقديمهما لمذكرة فيها وعدم منازعتهما فى صحة البيع و كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى عدم حصول تلك الإجازة تأسيسها على ما قدمه المطعون عليهما الأولون من مستندات رسمية تدل على عدم حضورهما فى تلك الدعوى وعدم تقديمهما لأية مذكرات فيها وكانت أوراق الطعن قد خلت مما يفيد تمسك الطاعنين أمام المحكمة الموضوع بان سكوت المطعون عليهما و عدم حضورهما يعتبر إجازة ضمنية فان ما ينعاه الطاعنون يكون سببا جديدا لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " (1977/12/15 م نقض م – 30 1810)

و بأنه "توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن لا يمكن تأويله بأنه الا بأنه إقرار بهذا البيع وخصوصا إذا كان قد ورد فى هذا العقد وصفة كبائع مع زوجته و كان هو لم يعارض فى دعوى التعاقد التى أقامها الصادر له العقد وحكم فيها بصحة التعاقد ونفذ هذا الحكم وتسلم المشترى وإذن فمن الخطأ ألا يعتبر الحكم فى هذا التوقيع إقرارا للبيع بمقولة أن الإجازة الصادرة من المالك الحقيقى فى حدود المادة (364) مدنى والتى بمقتضاها يصحح العقد يجب أن تصدر من المالك فى صيغة إجازة صريحة" (1950/4/20 – م ق م - 115 – 367)

تجاوز النائب حدود نيابته :

يجب لتحقيق النيابة فى التعاقد أن تحل إدارة النائب محل إرادة الأصيل فيصدر التغير من النائب عن إرادته هو وليس عن إرادة الأصيل مع انصراف أثر التصرف إلى الأصيل ، بأن يكون النائب مفوضا فى التعاقد عن الأصيل .

وإذا كان النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل فإنه يجب أن يعبر عن هذه الإرادة فى حدود نيابته فإذا جاوز هذه الحدود فقد صفه النيابة ولا ينتج العمل الذى قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل .

ويجب حتى ينصرف أثر العقد إلى الأصيل ، أن يبرم النائب العقد باسم الأصيل وان يوقع نيابة عنه ، أو أن يثبت النائب صفته عند التعاقد مع ذكر اسم الأصيل ، أما إن تعاقد النائب باسمه دون أن يقرنه بصفته كنائب عن الأصيل ، فإن العقد يكون قد تم بينه وبين الغير الذى تعاقد معه ، فتنصرف آثاره إليهما دون الأصيل ، ويكون النائب فى هذه الحالة وكيلا مسخرا أو اسما مستعارا إذا أعار اسمه للموكل ، فتنصرف أثار العقد إلى الأخير فى علاقته بالنائب . ومن ثم يلتزم النائب بنقل ما اكتسبه من حقوق إلى الأصيل فإن كان قد سجل العقد باسمه ، تعين عليه إعادة التسجيل باسم الأصيل وإلا جاز للأخير أن يستصدر حكما بانصراف اثر التصرف إليه ثم يؤشر بهذا الحكم على هامش تسجيل النائب وتعتبر الملكية قد انتقلت إليه من وقت التسجيل الذى قام به النائب وليس من وقت التأشير بالحكم ، إذا ينصرف التسجيل أصلا إلى الأصيل ولو تم باسم النائب .

ولكن نص القانون على حالتين ، ينصرف فيهما أثر العقد إلى الأصيل رغم إبرام النائب له باسمه الشخصي وذلك فى العلاقة ما بين الأصيل والغير الذى تعاقد النائب معه ، وتتعلق الحالة الأولى يكون الغير يعلم بصفة النائب أو كان من المفروض عليه حتما أن يعلم بها ، كما يتعاقد مع قبطان السفينة أو مع عامل فى محل رب العمل ، فينصرف أثر العقد إلى مالك السفينة أو إلى رب العمل ولو ابرمه القبطان أو العامل باسمه شخصيا ، وتتعلق الحالة الثانية الى كون المتعاقد مع النائب يستوى لديه أن ينصرف اثر العقد إلى النائب وإلى الأصيل كمن يشترى علبة سجائر آو كتاب ، فإن كان ذلك لا يستوى لديه بأن تعاقد النائب عن الأصيل بينما قصد الغير أن ينصرف أثر العقد إلى النائب ، فإن العقد لا يتم ، لأن النائب لا يقصد أن يلزم شخصيا بالعقد بينما يقصد الغير ذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " مفاد نصوص المادتين 713 ، 106 من القانون المدنى أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تحوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلا بصفته أصيلا وذلك إذا لم يعلن وقت التعاقد عن صفته كنائب ، ويعتبر وكأنه أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد ، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة ، فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر " (نقض 1970/5/28 طعن 581 س35ق) وبأنه " متى كانت الجمعية (جمعية المساكن) لم تعلن وقت إبرام العقد أنها تعاقدت – مع المقاول – نيابة عن أعضائها ، وكان لا يوجد فى نصوص العقد ما يمكن أن يفيد وجود نيابة صريحة أو ضمنية ، فإن أثر العقد ينصرف إلى الجمعية وليس إلى أعضائها ، ومن ثم تكون الجمعية وحدها هى صاحبة الحق فى مطالبة المقاول بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد وبالتالى لا يجوز قبول دعوى عضو الجمعية بطلب ذلك إلا إذا اثبت أن حق الجمعية قد انتقل إليه بما ينتقل به الحق قانونا . (نقض 1969/4/29 س 20 ص693) وبأنه " مفاد نص المادة 106 من القانون المدنى انه متى تعاقد الوكيل مع الغير باسمه هو دون ان يفصح عن صفته ، فإن آثار العقد تنصرف إلى الوكيل فى علاقته بالغير إلا إذا اثبت توافر الاستثناءين المشار إليهما فى المادة المذكورة ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة على أن المطعون عليه إنما تعاقد مع الطاعن بإسمه شخصيا وسلم إليه المبلغ موضوع النزاع بهذه الصفة ،

وانه لم يقم دليل من الأوراق على انه دفعه بوصفه وكيلا عن الشركة ، مما مؤداه أن الدعوى لم يتوافر فيها احد الاستثناءين السالفين ، الأمر الذى لم يكن محل نعى من الطاعن ، فإن الحكم يكون قد طبق القانون تطبيقا سليما" (نقض 1973/11/20 س24 ص1107)

تعاقد النائب مع نفسه :

لا يحوز الشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد ، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة . (المادة 108 مدنى)

والأصل أن الشخص لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه إلا فى الحالات التى أجاز القانون فيها ذلك أو جرى بها العرف ، على أنه إذا خالف الشخص ذلك ، فتعاقد مع أنه فى غير الحالات الجائز فيها مثل هذا التعاقد ، فإنه يكون متجاوزا حدود نيابته مما يترتب عليه عدم نفاذ تعاقده فى حق الأصيل إلا إذا أقره أو كان قد فوض النائب فى إبرامه ، ويختلف عدم النفاذ عن البطلان ، إذ أن البطلان المطلق لا ترد عليه الإجازة ، كما أن البطلان النسبى قاصر على احد المتعاقدين من حيث الإجازة" .

وتنحصر الاستثناءات الواردة على هذا الأصل ، فيما نصت عليه المادة 479 مدنى فى شأن البيع وما نصت عليه المادة 31 من قانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952 التى أوجبت تعيين وصى خاص إذا ما تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصى أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصى ، وفى حالة إبرام عقد من عقود المعاوضة او تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغاؤه بين القاصر وبين الوصى أو أحد المذكورين فيما تقدم ، ويتم تعيين الوصى الخاص بموجب طلب يقدم لقاضى الأحوال الشخصية للولاية على المال ليأمر بتعيينه لمباشرة الإجراء الوارد بالطلب ، ومن الاستثناءات أيضا ما نصت عليه المادة 14 من القانون سالف الذكر بأن " لأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو ام لحساب شخص أخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك " كما أجازات المادتان 6 و9 من ذات القانون للولى أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو أن يفترض مال القاصر على أن يكون ذلك بإذن المحكمة ، كما أجازت المادة 39 للوصى أن يستأجر مال القاصر بإذن المحكمة .

كما جرت قواعد التجارة على جواز أن يتعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه نيابة عن طرفى التعاقد ومثله سمسار الأوراق المالية فى البورصة . (أنور طلبه فى المطول فى شرح القانون المدنى ص440وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " ليس ما يمنع فى القانون من أن يكون البائع وكيلا بالعمولة ولم يحرم القانون اجتماع الصفتين فى شخص واحد حتى مع وحدة البضاعة ووحدة المشترى ولا يغير من الأمر إلا أن يكون الوكيل بالعمولة قد قبض أجره لأن انعقاد الوكالة أمر مستقل عن قبض أجرها " (نقض 1956/6/28

س 7 ص767) وبأنه " إذا كان بطلان عقد الشركة لعدم توافر ركن من أركانه الموضوعية الخاصة ، المتمثل فى تبادل طرفيه التعبير عن إرادتين متطابقتين ، لا تتخلف عنه شركة فعلية ، لانتفاء نية الاشتراك لدى عاقديه ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وقضى برفض ثبوت قيام الشركة الفعلية تأسيسا على أن البطلان شاب تكوين العقد يوم إبرامه ، لتعلقه بركن من أركانه لا يقوم بدون ، وهو انتفاء نية الاشتراك من جانب القاصرين – المطعون ضدهما – إذ اتخذ الطاعن صفتى طرفى العقد وحرره مع نفسه بصفته الشخصية وبصفته وصيا على القاصرين ، بالمخالفة للمادتين 131 ج ، 29 من المرسوم بقانون 119 لسنة 1952 بشأن الولاية على المال ، وأن الانعدام ينصرف إلى تكوين عقد الشركة ، كما ينصرف إلى آثاره سواء فى الماضى أو فى المستقبل فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " (نقض 1981/3/30 طعن 311 ص48ق)

انقضاء النيابة دون علم النائب :

قد تنقضى النيابة دون أن يعلم النائب بذلك كما إذا كان يجهل موت الأصيل أو إلغاء التوكيل فإذا تعاقد فى هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة كان تعاقده ملزما للأصيل وخلفائه وقد قصد من تقرير هذا الحكم إلى توفير ما ينبغى للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار .

ولكن إذا علم النائب ومن تعامل معه بانقضاء النيابة ، أو علم أحدهما فقط بانقضائها وقت التعاقد ، فإن أثر التصرف لا ينصرف إلى الأصيل ، والعبرة بتحقيق هذا العلم الفعلى فلا يكفى التأشير على أصل الوكالة بمكتب التوثيق بالإلغاء ، وتوافر العلم واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن ، ويتحمل الأصيل عبء الإثبات .

وتنقضى النيابة بمجرد علم النائب بذلك ، فإذا قام الأصيل بالتأشير بهذا الانقضاء بأصل سند الوكالة بمكتب التوثيق وأخطر الوكيل بذلك ، تحقق علم الأخير بانقضاء الوكالة ، فلا ينفذ تصرفه الذى يبرمه بعد هذا العلم فى حق الموكل حتى لو كان الغير الذى تعامل معه لا يعلم بانقضاء الوكالة لان مناط انصراف اثر التصرف للأصيل أن يكون الوكيل ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء الوكالة .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " تنص المادة 107 من القانون على أنه " إذا كانت النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت التعاقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذى يبرمه – حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه " ومفاد ذلك أن القانون لا يحمى الغير الذى تعامل مع النائب الظاهر بعد انقضاء النيابة إلا إذا كان النائب والغير كلاهما معا يجهلان انقضاء النيابة وقت التعاقد ، فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت فى نطاق سلطتها الموضوعية التى لا معقب عليها إلى أن المطعون عليه الأخير كان على علم بانقضاء توكيله عن أحد الدائنين وانتهاء وصايته على باقى الدائنين ببلوغهم سن الرشد ، فإن الطاعن (المدين) لا يتمتع بالحماية التى اسبغها القانون على من يتعامل مع الدائن الظاهر والتى تتمثل فى انصراف اثر العقد إلى الأصيل ، وبذلك لا يكون الوفاء الحاصل منه للمطعون عليه باعتباره وكيلا ظاهرا مبرئا لذمته " (نقض 1963/5/30 س14 ص759) وبأنه " لم يشترط القانون المدنى القديم فى خصوص عدم نفاذ التصرفات الصادرة من الوكيل بعد انقضاء الوكالة بالنسبة للموكل وجوب إعلان الغير بانقضاء الوكالة ، وإنما شرط لنفاذ هذه التصرفات على الموكل أن يكون الغير حسن النية أى غير عالم بانقضاء الوكالة ويستتبع هذا أنه يجب على الغير أن يتمسك فى هذا الخصوص بحسن نيته أى انه بحسب الموكل الذى يحاج بتصرف إجراء الوكيل بعد انقضاء وكالته أن يثبت انقضاء الوكالة وعلى الغير الذى يبغى الاحتجاج بهذا التصرف – إن شاء – التحدى بحسن نيته أمام محكمة الموضوع حتى تستطيع أن تبت فى هذا الدفاع على الوجه الذى رسمه القانون " (نقض 1957/10/24 س8 ص747)

نظرية الوضع الظاهر وأثرها على نفاذ التصرف :

فهذه النظرية قد نشأت لحماية حسن النية من المتعاملين مع الوارث الظاهر أو الوكيل الظاهر متى كان هناك من المظاهر الخارجية التى تبرر انخداعهم بهذا المظهر ، وهذه الحماية تتمثل فى نفاذ التصرفات المذكورة فى حق الوارث الحقيقى أو الأصيل حسب الأحوال تم عممت تشمل حماية كل من تلقى تصرفا من صاحب الوضع الظاهر أيا كان أو من غير ذى صفة .

أحكـــام النقــض :

المشرع حرص على انصراف آثار التصرفات لأصحاب الحق فيها ووضع قاعدة عامة حاصلها " أنه فى عقود المعاوضة المالية التى يستوى فيها أن يتعامل المتعاقد مع من ابرم معه العقد بحسبانه أصيلا أو نائبا سواء كانت علاقة الوكالة ظاهرة أو مستترة يجوز لأى من المتعاقدين متى كان حسن النية ، كما يجوز للغير أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن من ابرم العقد كان نائبا عن غيره لكى تضاف آثار العقد للأصيل . (نقض 1997/12/8 طعن 6036س 66ق)

انتهاء الحكم الناقض إلى نفاذ التصرف المبرم بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية فى مواجهة صاحب الحق وإحالة الدعوى إلى محكمة الاستئناف للفصل فى موضوعها على أساس ما انتهى إليه لتمحيص دفاع الطاعنين والتحقيق من مدى توافر شروط الوضع الظاهر ، قضاؤها بان نظرية الموضوع الظاهر لا تسرى على الدعوى ، قضاء مخالف لحجية الحكم النافض . (نقض 2000/11/20 طعن 3001 س69ق)

المقرر فى قضاء هذه المحكمة – أن نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية ، فى مواجهة صاحب الحق ، متى كان هذا الأخير قد أسهم بخطئه سلبا أو إيجابا – فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية الى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتى من شانها أن تولد لاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، وحجب نفسه عن تمحيص دفاع الطاعنين انف الذكر للتحقق من مدى توافر شروط الوضع الظاهر ، وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فانه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب مما يستوجب نقضه لهذا السبب . (نقض 1986/2/16 طعن 826 س54ق هيئة عامة)

البطلان والفسخ :

تنص المادة (157) مدنى على أنه " فى العقود الملزمة للجانبين ، إذ لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض ، ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته .

والعقد يزول إما بالفسخ أو بانقضائه أو بإبطاله أو بانحلاله والانقضاء يترتب على تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد م، وهو الطريق الطبيعى لزواله ، ففى عقد البيع إذا رفع المشترى الثمن ونقل له البائع الشىء المبيع انقضى العقد ، وفى عقد المقاولة إذا قام المقاول بتنفيذ المشروع المتفق عليه وقام رب العمل بدفع الأجر ، انقضى العقد ، وبطبيعة الحال فإن كيفية انقضاء العقد تتوقف على كيفية تنفيذه ، وفى هذا تختلف العقود الفورية من عقود المدة ، والمثلين السابق ذكرهما يتعلقان بعقود فورية ، أما إذا كان العقد من العقود الزمنية كعقد الإيجار مثلا فإن تنفيذه يكون ممتدا فى الزمان ، ولا ينقضى العقد إلا بانقضاء مدته مع قيان المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع وقيام هذا الأخير بدفع الأجرة ، أما إبطال العقد فهو الجزاء على تخلف ركن من أركان انعقاده أو شرط من شروط صحته ، والعقد إما أن يبطل بطلانا مطلقا ، أو يبطل بطلانا نسبيا ، وفى الحالتين إذا تقرر البطلان أو الإبطال فإن العقد يزول بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن وقد سبق لنا دراسة ذلك فنحيل إليه ، أما انحلال العقد فهو زواله لا بسبب بطلانه ولا بسبب تنفيذه ، ولكنه زوال يرد على عقد صحيح وقبل أن ينقضى بالتنفيذ ، وانحلال العقد له ثلاث صور ، التقايل والإلغاء بالإرادة المتفردة والفسخ ، والتقايل هو اتفاق الطرفين على إلغاء العقد ، فهو إلغاء بالإرادة المشتركة التى كانت مصدر العقد ، وهو يتم باتفاق جديد أى بإيجاب وقبول جديدين ، والتقايل ليس له أثر رجعى فهو عقد جديد ينتج آثاره من وقت حدوثه ، ومع ذلك يجوز للطرفين أن يتفقا على الأثر الرجعى لزوال العقد أى على اعتباره كأن لم يكن قائما فى يوم من الأيام ، ولكن هذا الاتفاق لا يجوز أن يمس بحقوق الغير أو يخالف قواعد شهر الحقوق ، فإذا كان العقد الأول هو عقد بيع لعقار وانتقلت به الملكية الى المشترى بالتسجيل ، فإن التقايل لا ينتج أثره فى حق الغير إلا من وقت التسجيل ،

فإذا كان الغير قد اكتسب حقا على العقار من المشترى فى الفترة ما بين تسجيل البيع وتسجيل التقايل فإن هذا الحق يظل نافذا فى حق البائع الذى عادت إليه ملكية الشىء ، والصورة الثانية لانحلال العقد هى إلغاؤه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين ، والأصل هو عدم جواز ذلك ، لأن العقد لا يجوز نقضه إلا بإرادة المتعاقدين معا ، ومع ذلك فقد أجاز المشع إلغاء العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين فى بعض العقود التى تسمح طبيعتها بذلك ، ومع توافر شروط معينة روعى فيها حماية حق الطرف الآخر فى العقد ، ومن هذه العقود عقد الوكالة (م 715 ، 716) ، وعقد العارية (م 3/643 ، 644) ، وعقد الوديعة (م 722) ، وعقد المقاولة (م 1/663(، وعقد القرض (م 544) ، وعقد الدخل الدائم (م 546) ، وعقد التأمين)م 759 ، م 762) ، وعقد الشركة (م 531) ، وعقد الهبة (م 500 – 503) ، والصورة الثالثة لانحلال العقد هى الفسخ ، والفسخ هو الجزاء على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته ، ولا يكون ذلك إلا فى العقود الملزمة للجانبين ، فإذا أخل أحد المتعاقدين فى عقد من هذه العقود بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بدلا من طلب تنفيذ العقد تنفيذا عينيا ، أو طلب التعويض عن عدم التنفيذ أن يطلب فسخ العقد وهو ما يؤدى الى زواله بأثر رجعى وقد لا يطلب الطرف الآخر الفسخ ، ولكنه يتمسك فقط بعدم تنفيذ التزامه هو الى أن يقوم المتعاقد المخل بتنفيذ ما عليه من التزام

أســاس الفســخ :

لم تلق نظرية الفسخ قوى سهلا لدى فقهاء القانون ، فالأصل هو وجوب أن ينفذ المدين التزامه ، فإن رفض بعد ذلك أجبره الدائن على التنفيذ ، ثم ما لبث المشتغلون بالقانون بعد ذلك أن أعطوا للقاضى الحق فى أن يقضى بالفسخ إذا ما أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وكان الدائن غير راغب فى التنفيذ العينى ، ولقد ذهب جانب من الفقهاء الى القول بأن أساس الفسخ هو ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمنى ، ويذهب هؤلاء الى القول بأن كل عقد يحتوى على هذا الشرط ولو صح هذا القول لوقع الفسخ بقوة القانون إذا ما أخل أى من المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، ولما كان الفسخ لا يقع بقوة القانون بل يتقرر قضاء فلا يصح الأخذ بالشرط الفاسخ الضمنى أساسا للفسخ ، وذهب آخرون الى القول بأن أساس الفسخ ليس هو الشرط الفاسخ الضمنة بل (نظرية السبب) وعلى رأس هؤلاء فى فرنسا الأستاذ لفرنسى (كابتيان)

فسبب التزام كل متعاقد فى العقود الملزمة لجانبين ليس هو الالتزام المقابل بل هو تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه ، وبهذا تنتقل نظرية السبب من الانعقاد الى التنفيذ ، فى حين ينتقد آخرون الرأى السابق ويؤسسون الفسخ على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتبادلة فى العقود الملزمة لجانبين ، فإذا كان العقد ملزما لجانبين ولم يقم أحد طرفيه بتنفيذ التزاماته المتولدة عنه ، فمن العدل ألا ينفذ المتعاقد الآخر التزاماته المتولدة عن هذا العقد بصفة مؤقتة (الدفع بعدم التنفيذ) كما أن له أيضا أن يتحلل من هذا العقد بصفة نهائية عن طريق الفسخ. (انظر فى هذا عمران حشمت - عبد الحى حجازى - عبد الرازق السنهورى)

تعريف الفسخ :

الفسخ هو حل للرابطة العقدية بسبب إخلال أحد طرفى العقد الملزم للجانبين بالتزام ناشئ عنه ، والأصل فيه ألا يقع إلا بحكم القاضى على نحو ما نصت عليه المادة 157 من القانون المدنى وهو ما يستلزم إعذار المدين بوضعه قانونا موضع المتأخر فى تنفيذ التزامه إلا أنه لا محل للإعذار متى صرح المتعاقد كتابة بأنه لا يريد القيام بالتزامه على ما تقضى به المادة 220/د من القانون ذاته ، والفسخ صورة من صورة المسئولية العقدية .

وقد قضت محكمة النقض بأن " الفسخ هو حل للرابطة العقدية بسبب إخلال أحد طرفى العقد الملزم للجانبين بالتزام ناشئ عنه والأصل فيه ألا يقع إلا بحكم القاضى – على نحو ما نصت عليه المادة 157 من القانون المدنى – وهو ما يستلزم إعذار المدين بوضعه قانونا موضع المتأخر فى تنفيذ التزامه ، وكان الشارع لم يصرح بأن يجعل من الإخلال بالالتزام أو توجيه الإعذار من شروط قبول دعوى الفسخ بل يكفى تحققها أثناء نظر الدعوى باعتبار أن الإخلال بالالتزام هو مناط الحكم بالفسخ وأن الإعذار هو شرط إيقاعه ولا محل للإعذار متى صرح المتعاقد بعدم تنفيذ التزامه ، فإذا كان المشترى قد عرض ثمنا أقل مما هو ملزم بسداده وصمم على ذلك لحين الفصل فى الدعوى ، أو لم يقرن العرض بالإيداع – فلا تكون هناك حاجة للحكم بالفسخ الى ضرورة التنبيه على المشترى بوفاء الثمن المستحق " (1989/1/18 طعن 537 سنة 56ق – م نقض م – 40 – 201) .

وبأنه " لما كانت المادة 1/157 من القانون المدنى تنص على أن " فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بفسخ العقد " وكان لا يشترط لإعمال حكم هذه لمادة أن يتضمن العقد شرطا يجيز الفسخ فى حالة تخلف أحد طرفيه عن تنفيذ التزامه ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه لم يقضى بالفسخ إعمالا لشرط فاسخ قال أن العقد تضمنه وإنما قضى بالفسخ بعد أن سجل على الطاعنة المستأجرة قعودها عن تنفيذ التزامها برفع اللوحات والإعلانات المضيئة وملحقاتها منذ أن استعملت حقها فى سداد ربع الأجرة بما أعتبره إخلالا بشروط العقد يصلح سببا لفسخه ، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " (1986/4/61 طعن 744 سنة 49 ق – م نقض م – 35 – 996) ، وبأنه " إن ما تنص عليه المادة 157 من التقنين المدنى من تخويل كل من المتعاقدين فى العقود الملزمة للجانبين الحق فى المطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه هو من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتا لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمان أحد المتعاقدين من هذا الحق أو الحد منه إلا باتفاق صريح يحظر فيه طلب الفسخ(1982/6/15 طعنان 598 ، 672 سنة 40 ق – م نقض – 23 – 757) . وبأنه " النص فى الفقرة الأولى من المادة 157 من التقنين المدنى على أن " فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الأخر بعد اعذاره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ... والنص فى المادة 159 من ذات القانون على أنه " فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له ويفسخ العقد من تلقاء نفسه " يدل على أن حل الرابطة العقدية جزاء إخلال أحد طرفى العقد الملزم للجانبين بأحد التزاماته الناشئة عن العقد هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من النصوص المكملة لارادة المتعاقدين ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتا لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح " (1980/12/22 طعن 1919 سنة 49 ق – م نقض م – 21- 2082)

وقضت أيضاً بأن : الشرط الفاسخ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مفترض دائما فى كل عقد تبادلى ، وهو - على ما يدل عليه نص المادة 157 من القانون المدنى - جزاء مقرر لمصلحة الدائن ، لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى " (1985/4/10 طعن 1208 سنة 51 ق - م نقض م - 36 - 594) . وبأنه " النص فى المادة 157 من القانون المدنى على أنه " فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض إن كان له مقتضى " يدل على أن الفسخ إذا كان مردة أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لا يلزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الأخر عما لحقه من نتيجة لذلك الفسخ . وإذا كان ما بنى عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسسا على توافر الخطأ فى جانبه وعلاقة السببية بين الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهى الأركان اللازمة لقيام المسئولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ الطاعن بأنه خطأ عقدى مادام أن ذلك لم يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها " (1978/1/19 طعن 58 سنة 44 ق - م نقض م - 29 - 265)

شروط المطالبة فى الفسخ :

للمطالبة بالفسخ لابد من توافر عدة شروط أولها لا يكون الفسخ إلا فى العقود الملزمة لجانبين ، والفسخ يرد على هذه العقود جميعا سواء أكان العقد ملزما لجانبين من عقود المدة أو كان عقدا فوريا مع اختلاف الأثر الذى يترتب على الفسخ فى كل منها ، فالفسخ فى العقود الزمنية لا يكون رجعى ، إذ يتدخل الزمن فى هذا النوع من أنواع العقود بصفة أساسية لتحديد كم الالتزام ، والزمن الذى يمضى لا يعود . فإذا كان العقد ملزما للجانبين ، كان الارتباط قائما بين التزام كل متعاقد والتزام المتعاقد الأخر ، أما إذا كان العقد ملزما لجانب واحد كالوديعة بغير أجر مثلا ولم ينفذ المودع إليه التزاماته المتولدة عن هذا العقد لم يكن للمودع أى مصلحة فى طلب الفسخ إذ لا التزام يقع عليه ليتحلل منه ، ولكن مصلحته تكمن فى مطالبة المتعاقد الأخر بتنفيذ التزاماته . (عمران - السنهورى - جمال زكى - الشرقاوى - البدراوى)

وقد قضت محكمة النقض بأن : الفسخ القضائى كما يرد على البيع بالمزاد العينى جبريا كان أو اختياريا .. لما كان ذلك وكان الطاعنان قد اختارا طلب فسخ البيع لتخلف الراسى عليهم المزاد عن الوفاء بالتزاماتهم بالبندين المشار إليهما بقائمة شروط البيع ، وكان لا يبين من هذين البندين أن ثمة نصا على اعتبار البيع مفسوخا من تلقاء نفسه بغير حاجة إلى إعذار أو حكم قضائى عند تخلف الراسى عليهم المزاد عن تنفيذ التزامتهم فى المواعيد المتفق عليها ، وكان ما اشتمل عليه البندان المذكوران من شروط لا يعدو أن يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين ، فإن محكمة الموضوع وقد رأت فى حدود سلطتها التقديرية ألا تقضى بالفسخ إعمالا للشرط الفاسخ الضمنى كنص المادة 157 من القانون المدنى لما تبين من أن الباقى من الفوائد المدعى بها قليل الشأن بالقياس الى مقدار الثمن فى جملته ، لا تكون قد خالفت القانون أو أخطأت فى تطبيقه . (1979/6/21 طعن 405 سنة 46ق) . وبأنه " الفسخ يرد على الصلح ، كما يرد عل سائر العقود الملزمة للجانبين فإذا لم يقم أحد المتصالحين بما أوجبه الصلح فى ذمته من التزامات جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب الفسخ مع التعويض إذا كان له محل " (1975/2/30 طعن 448 لسنة 42ق – م نقض م – 26 – 1735) . وبأنه " من حق كل طرف فى عقد تبادلى أن يطلب فسخ العقد عند إخلال الطرف الآخر بالتزاماته سواء تحقق له من الفسخ مصلحة اقتصادية أم لا " (1987/6/14 طعن 1455 سنة 53ق – م نقض م – 38 – 822) . وبأنه " الاستبدال هو عقد تسرى فى شأنه القواعد العامة الواردة من القانون المدنى ومن بينها ما نصت عليه المادة 157 منه من جواز طلب الفسخ عند إخلال أحد طرفيه بالتزاماته التى نشأت عنه ... ولا يحول دون ذلك مجرد نقل ملكية الأرض موضوع عقد البدل للغير أو خلو هذا العقد من الشرط المانع من التصرف أو احتفاظ الطاعنين بحق الامتياز " (1985/3/21 طعن 931 لسنة 51ق – م نقض م – 36 – 432) . وبأنه " ما تنص عليه المادة 157 من القانون المدنى من تخويل كل من المتعاقدين فى العقود الملزمة للجانبين الحق فى المطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين

ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتا لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح " (1978/2/28 طعن 754 سنة 43ق) . وبأنه " حق رب العمل فى فسخ العقد لإخلال العامل بأحد التزاماته الجوهرية فى العقد المحدد المدة يرجع فى أصله الى أن عقد العمل ملزم لطرفيه ويرتب فى ذمتهما التزامات متبادلة تسوغ لأحدهما التحلل من رابطة العقد إذا امتنع الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه او أخل به " (1959/6/25 طعن 39 لسنة 25ق – م نقض م – 10 – 494) .

والإقرار لا يرد عليه أحكام الفسخ :

وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كان الإقرار إخبارا بأمر وليس إنشاء لحق فلا ترد عليه أحكام الفسخ ، فإن الحكم المطعون فيه وقد رد على دفاع الطاعنين المؤسس على أن عقد الصلح قد فسخ لعدم تنفيذ ما أبرم من أجله ، بأن ذلك العقد ينطوى على إقرار بملكية المطعون عيه بوصفه شريكا فى العقار ، وأن هذا الإقرار لا يسقط بعدم تنفيذ عقد الصلح ، فإن هذا الذى قرره الحكم صحيح فى القانون "(1972/12/5 طعن 298 لسنة 37ق – م نقض م 23 – 1317)

أما بالنسبة للعقد الإدارى فالفسخ يرد عليه :

وقد قضت محكمة النقض بأن " العقد الإدارى يرد عليه الفسخ برضاء الطرفين شأنه فى ذلك شأن العقد المدنى وإذا كان ذلك العقد تحكمه أصول القانون الإدارى وهى تقضى بأنه يحق لجهة الإدارة فى حالة عدم التنفيذ أن تصادر التأمين وتفرض على المتعاقد جزاءات مالية دون حاجة للالتجاء للقضاء للحكم بها دون أن تلتزم بإثبات أن ضررا قد اصابها ، إلا أن لجهة الإدارة أن تقدر الظروف التى تم فيها الفسخ فتعفى المتعاقد من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها فى العقد كلها أو بعضها بما فى ذلك مصادرة التأمين وتوقيع الغرامة " (1975/6/3 طعن 503 لسنة 40ق – م نقض م – 26 – 1141) .

وثانيهما : إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته . فالفسخ جزاء على الإخلال بالتنفيذ ، ومن ثم فإنه لا يقضى به إلا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته المتولدة عن العقد ، أو قام بهذا التنفيذ على نحو معيب ، وأما إذا استحال على أحد المتعاقدين – إذا كان العقد ملزما لجانبين بطبيعة الحال – تنفيذ التزاماته ، وكان ذلك بسبب أجنبى لا دخل لإرادته فيه افسخ العقد بقوة القانون ، وثمة تفرقة بين الفسخ والانفساخ ، فالفسخ لا يقع – بحسب الأصل – بقوة القانون

ولكنه يترتب جزاء على إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فى حين أن الثانى يقع بقوة القانون إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزاماته بسبب أجنبى لا دخل لإرادته فيه ، وعلى المدين – الذى يستحيل عليه تنفيذ التزامه بسبب أجنبى – تقع تبعة الهلاك ، وإذا كان العقد ملزما لجانبين وانقضى التزام أحد الطرفين باستحالة التنفيذ بسبب أجنبى ، فإن الالتزام المقابل ينقضى هو الآخر تبعا لانقضائه ، ولتحديد من الذى تقع عليه تبعة الهلاك إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه ، فإنه يتعين التفرقة بين تبعة الشئ وتبعة العقد ، والأصل فى تبعة الشئ أنها على مالكه ، ولذلك يطلق عليها أحيانا تبعة الملك ، فإذا هلك الشئ بقوة قاهرة تحمل المالك الخسارة التى تتمثل فى ضياع قيمة الشئ بهلاكه ، وأما فى تبعة العقد ، فإن الأمر فيها يختلف تبعا لما إذا كان العقد ملزما لجانب واحد أو ملوما لجانبين ، فإذا كان العقد ملزما لجانب واحد – كالوديعة بدون أجر – وهلك الشئ المودع بسبب أجنبى لا دخل لإرادة أحد فيه انفسخ عقد الوديعة ، وعلى الدائن تقع تبعة الهلاك ، وأما إذا كان العقد ملوما للجانبين ، فإن تبعة هلاك الشئ تقع على عاتق المدين الذى استحال عليه تنفيذ التزامه وذلك لأنه سيفقد ما كان له من حق قبل المتعاقد الآخر وقد تجتمع التبعتان – تبعة العقد وتبعة الشئ – فى شخص واحد ، وقد لا تجتمعان ، ففى المؤجر تقع تبعة العقد بوصفه مدينا بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، فإذا هلكت العين المؤجرة قبل نهاية مدة الإيجار ، فإنه لا يستطيع مطالبة المستأجر بالأجرة الخاصة بالمدة الباقية ، وعلى المؤجر تقع أيضا تبعة الملك بوصفه مالكا للعين المؤجرة ، وتختلط تبعة الشئ وتبعة العقد إذا كان العقد الملزم لجانبين من عقود المعاوضة ، والمثال التقليدى على ذلك هو عقد البيع ، فلو هلك المبيع تحت يد البائع وقبل أن يتسلمه لمشترى أو أن يعذره البائع بذلك حتى ولو كانت ملكية المبيع قد انقلت بالمبيع الى المشترى ، فعلى البائع تقع تبعة الهلاك ، ذلك لأنه مدين بالتسليم ، وأما إذا طبقنا قاعدة تبعة الشئ فعلى المشترى تقع تبعة الهلاك إذ أنه المالك ، ولقد غلب المشرع الفرسى الأخذ بالقاعدة الخاصة بتبعة الشئ (المبيع) ، وأما فى مصر فلد غلب المشرع المصرى الأخذ بقاعدة تبعة العقد وربط المشرع بين تبعة الهلاك والتسليم ، فإذا هلك المبيع قبل التسليم ، وكان ذلك بسبب أجنبى لا دخل لإرادة البائع أو المشترى فيه ، انفسخ البيع وعلى البائع تقع تبعة الهلاك إذ هو المدين بالتسليم ، والالنزام بالتسليم –

وهو الالتزام الذى تقع على عاتق البائع – يعتبر التزاما أصليا لا ثانويا ، ولقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة 437 مدنى والتى تقضى بأنه " إذا هلك قبل التسليم بسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشترى ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسليم المبيع "

وعلى ذلك يشترط إخلال الطرف المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد سواء كان الإخلال كليا أو جزئيا أو كان التنفيذ معيبا ، ويتعين أن يكون تخلف المدين عن تنفيذه راجعا الى تقصيره ، أما إذا كان راجعا الى استعمال حق مشروع له كحقه فى الدفع بعدم التنفيذ أو الحبس ، فلا يتحقق موجب قيام حق الطرف الآخر فى إيقاع الفسخ ، وكذلك لو كان عدم التنفيذ راجعا الى صيرورة هذا التنفيذ مستحيلا بسبب أجنبى لا يد له فيه انفسخ العقد بقوة القانون وانقضى الالتزام المقابل ولم يعد هناك محل لإيقاع – الفسخ . (السنهورى – جمال زكى – مرقس – حجازى – الشرقاوى – الصدة – حمدى عبد الرحمن – عمران – مصطفى الجارحى – البدراوى) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كان النص الوارد فى عقد البيع لا يوجب الفسخ حتما ولكن قضت المحكمة به بناء على ما تبينته من وقائع الدعوى وأدلتها المطروحة عليها من أن المشترى (مشتر أرضا من مصلحة الأملاك) تعهد بإقامة معامل صناعية عليها فى مدى ثلاث سنوات من تاريخ العقد قد بدا منه فى مدى ثمانى السنوات التى تحدث الحكم عنها ما يدل على أنه لا يعتزم إقامة الأبنية المتفق عليا فإن ما يثيره هذا المشترى من أن نشوب الحرب بعد مضى الثمانى سنوات المذكورة هو الذى حال دون قيانه بالتزامه لا يجديه مادامت المحكمة قد جزمن بأن نيته فى عدم إقامة البناء قد تبينت من قبل نشوب الحرب ، وهى لا معقب عليها فيما استخلصته من ذلك " (1945/5/31 – م ق م – 142 – 855) . وبأنه " الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فإن كان من حق المشترى قانونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا " (1967/1/19 طعن 15 لسنة 33ق – م نقض م – 18 – 143) . وبأنه " إذا اشترط فى عقد بيع التزام المشترى بإحضار شهادة بشطب اختصاص على العين المبيعة وإلا كان العقد لاغيا بغير تنبيه أو إنذار فقررت المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية أن المشترى قد حصل على إقرار من الدائن صاحب حق الاختصاص بشطبه وأن هذا الإقرار هو الأمر الجوهرى فى التزامه وأن ما بقى من إجراءات الشطب قد كان ميسورا حصوله ولم يعق إتمامه إلا تصرفات البائع الكيدية وسعيه فى نقض ما تم من جهته بطرق ملتوية ،

فلا تكون المحكمة إذ لم تجب البائع الى طلب الفسخ قد خالفت القانون " (1951/12/27 – م ق م – 138 – 854) وبأنه "إذا لم يتفق على شرط فاسخ صريح وكان طلب الفسخ مقاما على الشرط الفاسخ الضمنى فإن محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب فى حالة الإخلال الجزئى إذا ما بان لها أن هذا الإخلال هو من قلة الشأن بحيث لم يكن يستأهل فى قصد المتعاقدين فسخ العقد وسلطة المحكمة فى استخلاص هذه النتيجة مطلقة لا معقب عليها . (1994/12/4 – م ق م – 140 – 854) . وبأنه " إذا كان البائع غير محق فى رفع دعوى فسخ عقد البيع بعد أن أظهر المشترى تمسكه بالعقد وعرض على البائع تنفيذه عينا فى الوقت الذى كان فيه هذا التنفيذ ممكنا فإن البائع يكون ملزما بمصروفات الدعوى وفقا للمادة 357 من قانون المرافعات " (1957/4/4 طعن 101 سنة 23ق – م نقض م – 8 – 353) . وبأنه " الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد – عدم تحققه إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بالثمن بغير حق – ثبوت الحق للمشترى فى حبس الثمن من البائع – أثره – لا محل لإعمال الشرط الفاسخ ولو كان صريحا – أساس ذلك – م 161 مدنى " (1998/2/4 طعن 1375 سنة 66ق) . وبأنه " إذ يدل نص المادة 157 من القانون المدنى على أن الفسخ جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى أسبابه الى أن المطعون عليهما – المشتريين – كانا معذورين فى التأخير فى إعداد مشروع العقد النهائى فى الميعاد المحدد لذلك – ثم قضى بفسخ عقد البيع وبرد ما دفعه المشتريان من الثمن دون أن يبين ما إذا كان الطاعنان – البائعان – المقضى ضدهما بالفسخ ، قد أخلا بالتزاماتهما الناشئة عن ذلك العقد إخلالا يستوجب الفسخ فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب " (1975/3/23 طعنان 286 لسنة 38ق ، م لسنة 39ق – م نقض م – 26 – 457) . وبأنه " لئن كان الإفلاس بمجرده لا يعتبر سببا لفسخ عقد الإيجار ، إلا أنه إذا كان المفلس هو المستأجر ، ولم يكن له حق التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار فإن الإذن الذى يصدره مأمور التفليسة ليمكن وكيل الدائنين من الاستمرار فى الاتجار ليس من شأنه أن يرتب انتقاص حقوق المؤجر ولا يحول دون الأخير والمطالبة بفسخ عقد الإيجار الأصلى تطبيقا للقواعد العامة أو استنادا الى شروط العقد ، وإذ عول الحكم المطعون فيه على موافقة مأمور التفليسة على شروط وأوضاع العقد المبرم بين وكيل الدائنين وبين باقى المطعون عليهم واعتبره بهذه المثابة تصرفا قانونيا ، رغم أن هذه الموافقة لا تجدى فى تحديد التكييف القانون للعقد ،

كما أن قرارات مأمور التفليسة ليست حجة على المؤجر فى علاقته مع المفلس طالما انطوى عقد الإيجار الأصلى المبرم بينه وبين المفلس فى البند السادس عشر على حظر إحلال آخر محل المستأجر أو توكيل غيره أو تأجير العين من الباطن أو نزوله عنها كليا أو جزئيا ، فإنه يكون قد خالف القانون " (1978/10/25 فى الطعن رقم 989 سنة 44ق – م نقض م – 29 – 1621) وبأنه "إذا كانت محكمة الموضوع قد استندت فى قضائها بفسخ عقد البيع الى أن البائع قد التزم فى ذات العقد بتطير العين المبيعة من كافة ما عليها من الحقوق العينية والقيود واعتبرت هذا الالتزام من الالتزامات الجوهرية فى مقصود المتعاقدين وقت التعاقد وأن عدم وفاء البائع به رغم إعذاره يسوغ فسخ العقد طبقا للمادة 1/157 من القانون المدنى ، فإن محكمة الموضوع تكون قد مارست سلطتها الموضوعية فى تفسير العقد بما لا يخرج عن مدلوله الظاهر وفى اعتبار الالتزام المنصوص عليه فى العقد سالف الذكر التزاما جوهريا – وهو التزام غير التزام البائع بضمان الاستحقاق – كما أنها حين رتبت على الإخلال بهذا الالتزام وامتناع البائع عن الوفاء به بعد إعذاره فسخ العقد لا لا تكون قد خالفت القانون " (1966/2/24 طعن 386 لسنة 31ق – م نقض م – 17 – 443) . وبأنه " العقد الذى تعقده الحكومة مع مقاول رست عليه مناقصة أشغال عامة سواء اعتبر عقدا مدنيا أم عقدا إداريا فإن وصفه لا يحول دون القضاء بفسخه إذا أخل المقاول بالتزاماته المحددة فيه " (1954/4/22 – م ق م – 156 – 857) .

وثالثهما : أن يكون طالب الفسخ غير مقصر بأن يكون قد نفذ التزامه الناشئ عن العقد أو على الأقل أن يكون مستعدا لهذا التنفيذ أما أن كان مقصرا فى تنفيذ التزاماته فليس من حقه أن يطلب مجازاة المتعاقد الآخر على تقصير مماثل لتقصيره ، ويلاحظ الفقه أن إجابة طلب الفسخ من جانب القضاء تقتضى فى كثير من الأحوال إعادة المتعاقدين الى حالهما قبل التعاقد ، ولذا يستلزم أن يكون طالب الفسخ قادرا على تحقيق أثره من هذه الناحية ، أى أن يكون قادرا على رد ما تسلمه تنفيذا للعقد الذى يطالب بفسخه الى الطرف الآخر ، وإلا حرم من حق طلب الفسخ ، فإذا كان المبيع عدة منقولات تسلم المشترى واحدا منها ولم يقم البائع بتسليم باقيها ولكن المشترى كان قد باع المنقول الذى تسلمه الى شخص آخر قد لا يعلم مقره أو مصير المنقول لديه ،

وحتى أن كان يعلم فهو كبائع ملتزم له بالضمان أى بعدن التعرض له فى ملكيته ويكون عليه الامتناع عن أى عمل يؤدى الى استرداد المبيع لتعارض ذلك مع التزامه بنقل الملكية . هذا المشترى يذهب الفقه الى حرمانه من حق طلب الفسخ ضد البائع الأول الذى لم ينفذ باقى التزامه بتسليم المنقولات الأخرى لأنه لا يستطيع أن يعيد الحال بينه وبين البائع الى ما كانت عليه قبل المتعاقد لتعذر رد المنقول الذى تسلمه . (انظر السنهورى – الوسيط – فقرة 472 وإسماعيل غانم فقرة 164) ن وفى هذه الحال يقتصر حق المتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ على طلب التنفيذ العينى او بمقابل مع التعويض عن كل الأضرار وفقا لقواعد المسئولية العقدية .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الخيار المقرر للبائع فى المادة 332 من القانون المدنى شرطه أن يكون البائع قد وفى بما التزم به فى عقد البيع أو على الأقل أظهر استعداده للوفاء به . فإذا تحقق هذا الشرط وتأخر المشترى عن أداء الثمن كان البائع مخيرا بين طلب فسخ البيع وطلب إلزام المشترى بالثمن ، أما حيث يكون البائع قد تخلف عما التزم به فإن تخلفه هذا من شأنه أن يحول بينه وبين طلب الفسخ ، ذلك بأن ما جاء بالمادة 332 من القانون المدنى ليس إلا تطبيقا محضا لقاعدة الشرط الفاسخ الضمنى التى تسرى على جميع العقود التبادلية ومن المقرر فى هذه القاعدة أن طلب الفسخ المؤسس على تقصير أحد العاقدين لا يكون حقا للعاقد الآخر إلا إذا كان قد وفى التزامه أو أظهر استعداده للوفاء به وعلى ذلك فإذا كان الواقع الذى أثبتته محكمة الموضوع أن البائع تخلف بغير عذر عن توقيع عقد البيع النهائى فإن قضاءها برفض دعواه التى طلب فيها الفسخ تأسيسا على أنه قصر فى القيام بتعهده لا تكون فيه مخالفة للقانون " (1946/3/21 – م ق م – 11 – 856) . وبأنه " لا يكفى للحكم بالفسخ أن يكون الفسخ واردا على عقد ملزم للجانبين وأن يكون عدم التنفيذ راجعا الى غير السبب الأجنبى وإنما يشترط أيضا أن يكون طالب التنفيذ مستعدا للقيام بالتزامه الذى نشأ عن العقد والمتفق على المبادرة الى تنفيذه من يوم تحريره فإذا كان قد أخل هو بالتزامه هذا فلا يحق له أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما فى ذمته من الالتزام " (1969/4/8 طعن 148 لسنة 35ق – م نقض م – 20 – 571) .

وبأنه " إذ كان يشترط لطلب فسخ البيع أن يكون البائع أوفى بالتزاماته الناشئة عن العقد ومنها تسليم المبيع للمشترى إذا كان وقت التسليم قد حل قبل وقت دفع الثمن ن فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد استنادا الى تأخر المشترى فى الوفاء بباقة الثمن دون أن يبحث ما تمسك به الطاعن – المشترى – من تخلف المطعون ضدهم – البائعين – من الوفاء بالتزامهم بالتسليم ، فإنه يكون معيبا " (1975/4/28 طعن 6 لسنة 41ق – م نقض م – 26 – 840) . وبأنه " مادامت المحكمة قد اعتبرت أن التقصير جاء من المشترى دون البائع فلا يحق للمشترى قانونا أن يتحدى بعدم قيان البائع بتنفيذ ما التزم به وليس ثمة بعد ذلك ما يحول دون القضاء للبائع بالفسخ " (1951/3/8 – م ق م – 13 – 857) .

الفســخ القضــــائى :

شروط الفسخ القضائى ثلاثة شروط أولها : إعذار المدين قبل طلب الفسخ طبقا لما نصت عليه المادة 1/157 مدنى فالفسخ جزاء الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدى ، وهو أخطر جزاء ولهذا يجب إعذار المدين قبل طلب هذا الجزاء ، وذلك لوضعه موضع المقصر أو المتأخر فى تنفيذ التزامه ، إذ الإعذار هو الذى يثبت تقصير المدين فى الوفاء بالتزامه ، ويجرى الإعذار فى المواد المدنية بتكليف المدين بالوفاء بالتزامه بموجب إنذار على يد محضر ، بالتالة لا يكفى لتوافر الإعذار أن يطلب الدائن من المدين الوفاء بالتزامه شفاهة أو بموجب خطاب بالبريد ولو كان مسجلا ، بل يجب طلب ذلك من خلال إنذار الدائن للمدين على يد محضر أو ما يقوم مقام الإنذار ، كذلك لا يكفى لتوافر الإعذار أن يتضمن الإنذار مجرد التهديد بفسخ العقد دون طلب التكليف بالوفاء ، فيجب لتوافر الإعذار أن يطلب الدائن من المدين الوفاء بالتزامه الذى تخلف عن تنفيذه ، أى دعوته الى الوفاء بالتزامه وتسجيل التأخير فى تنفيذه ، ولا يشترط القانون فوق ما سبق تهديد الدائن للمدين بفسخ العقد إذا لم يف الأخير بالتزامه ، فالفسخ جزاء يقرره القانون ولا يشترط تنبيه المدين إليه ، فالإعذار تكليف بوفاء وليس تهديد بجزاء . (حسام الأهوانى) ،

ويراعى أن الإعذار ليس شرطا من شروط قبول دعوى الفسخ ، فلا يلزم توجيه للمدين قبل رفع الدعوى ، فمجرد رفه الدعوى بالفسخ متضمنة تكليف المدين بالوفاء بالتزامه يعتبر إعذارا ، إلا أن إعذار الدائن للمدين قبل رفع الدعوى تظهر أهميته فى أنه " يجعل القاضى أكثر استجابة لطلب الفسخ وأقرب الى الحكم بالتعويض على المدين وزيادة على الحكم بالفسخ . (السنهورى) ، والإعذار لا يكون واجبا قبل المطالبة بالفسخ فى الأحوال التى يجيز القانون فيها اعتبار المدين مقصرا دون حاجة الى إعذار ، كما لو صرح المدين كتابة بعدم تنفيذ التزامه ، أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو الامتناع عن عمل شئ وأتاه المدين . (المادة 200 مدنى) ، (انظر فيما سبق الدكتور شرف الدين) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الفسخ – ماهيته – الأصل إيقاعه بحكم القاضى – لازمة – اعذار المدين بوضعه قانونا موضع المتأخر فى تنفيذ التزامه – لا محل للإعذار متى صرح المتعاقد بعدم تنفيذ التزامه – المادتان 157 ، 220 مدنى . (1997/11/26 طعن 2176 سنة 61ق) . وبأنه " النص فى عقد البيع على حق المشترى فى التنازل عنه للغير وحصول هذا التنازل بالفعل لا يحرم البائع من استعمال حقه فى طلب فسخ ذلك العقد عند قيام موجبه ولا يلزم بتوجيه الإعذار إلا الى المشترى منه أما المتنازل إليه فليس طرفا فى العقد المطلوب فسخه ، ومن ثم فلا ضرورة لإعذاره " (1966/3/24 طعن 188 لسنة 32ق – م نقض م – 17 – 708) . وبأنه " الإعذار هو وضع المدين وضع المتأخر فى تنفيذ التزامه ، وقد بينت المادة 219 من القانون المدنى الإجراءات التى يتم بها الإعذار فنصت على أن " يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات " ، فالأصل فى الإعذار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذى تخلف عن تنفيذه ، ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين الى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير فى تنفيذه ، ولا يتطلب القانون أن تتضمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين بطلب فسخ العقد فى حالة عدم وفائه بالتزامه ،

ذلك لأن الفسخ والتعويض كليهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه فى العقود الملزمة للجانبين وليس بلازم أن ينبه المدين إليهما قبل رفع الدعوى بطلب أيهما ، وإذ كان بروتستو عدم الدفع ورقة رسمية يقوم بإعلانها المحضر الى المدين فى السند لإثبات امتناعه عن الدفع ، وقد نصت المادة 174 من قانون التجارة على أن يعمل هذا البروتستو على حسب الأصول المقررة فيما يتعلق بأوراق المحضرين كما تتطلب المادة 175 من هذا القانون أن تشتمل ورقة البروتستو على التنبيه الرسمى على المدين بدفع قيمة السند ، فإن البروتستو يعتر إعذارا للمدين بالمعنى الذى يتطلبه القانون فى الإعذار " (1964/11/12 طعنان 523 ، 524 لسنة 29ق – م نقض م – 15 – 1028) .

وقضت أيضا بأن : تمسك الطاعن فى دفاعه بأن المطعون ضده صرح كتابة بعدم رغبته فى تنفيذ التزامه ولا ضرورة لإعذاره بالوفاء والتدليل على ذلك بمحضر إدارى دفاع جوهرى . التفات الحكم المطعون فيه عن هذا الدفاع إيرادا وردا وقضاؤه برفض الدعوى على أساس عدم سبقتها بإعذار – قصور فى التسبيب . (الحكم السابق) ، وبأنه " لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، وإذ كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر الأخطاء الفنية التى وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه فإن مفاد ذلك أن الالتزام المترتب على عقد المقاولة قد أصبح غير ممكن تنفيذه ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد وبالتعويض دون سبق إعذار المدين بالتنفيذ العينة لا يكون قد خالف القانون " (1966/4/5 طعن 431 لسنة 31ق – م نقض م – 17 – 797) . وبأنه " وإن كان يتعين لكى تقضى المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقا للشرط الفاسخ الضمنى أن ينبه البائع على المشترى بالوفاء تنبيها رسميا إلا أن محل ذلك ألا يكون المشترى قد صرح بعدم رغبته فى القيام بالتزامه ، فإذا كان المشترى قد عرض ثمنا أقل مما هو ملزم بسداده وصمم على ذلك لحين الفصل فى الدعوى فلا تكون هناك حاجة لكى يصح الحكم بالفسخ – الى ضرورة التنبيه على المشترى بوفاء الثمن المستحق " (1956/5/31 طعن 392 لسنة 22ق – م نقض م – 7 – 631) .وبأنه " النص فى المادة 1/157 من القانون المدنى من أنه فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بفسخ العقد إنما يفيد وجوب حصول هذا الإعذار – كشرط لإيقاع الفسخ القضائى –

وذلك بقصد وضع المدين قانونا فى وضع المتأخر فى تنفيذ التزامه على أن يكون هذا الإعذار بورقة رسمية من اوراق المحضرين ، وإذ كان من المقرر أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذارا إلا أن شرط ذلك أن تشتمل صحيفتها على تكليف المدين بالوفاء بالتزامه " (1994/6/9 طعن 829 سنة 60ق – م نقض م – 45 – 983) . وبأنه " إعذار المدين هو وضعه قانونا فى حالة المتأخر فى تنفيذ التزامه ن والأصل فى هذا الإعذار أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين الدائن فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام ، ومن ثم فلا يعد إعذاره إعلان المشترى بحصيفة دعوى فسخ البيع لإخلاله بتنفيذ التزام من التزاماته إلا إذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام " (1979/1/25 الطعن 544 سنة 48ق – م نقض م – 30 – العدد الأول – 385)

وبمجرد تنفيذ المدين التزامه بمنع الفسخ :

وقد قضت محكمة النقض بأن : لا يعتبر عقد البيع فى ظل القانون المدنى القديم والجديد على السواء – مفسوخا إعمالا للشرط الفاسخ الضمنى بمجرد تخلف البائع أو المشترى عن القيام بالتزامه بل يتعين لكى تقضى المحكمة بإجابة من يطلب الفسخ الى طلبه أن يكون قد نبه على الطرف الآخر بالوفاء حتى صدور الحكم النهائى فإذا قام المدين بتنفيذ التزامه قبل ذلك امتنع قانونا جواز الحكم بالفسخ . (1957/2/21 طعن 74 سنة 23 – م نقض م – 8 – 158 - وبنفس المعنى فى 1955/11/24 ، 1952/5/1 – م ق م – 115 ، 114 – 859) .

وثانيهما : طلب الدائن إيقاع الفسخ ويستوى أن يكون الطلب صريحا أو ضمنيا ولا يكون ذلك إلا برفع دعوى بطلب الفسخ ، أو بطلب لا يقوم الحق فيه إلا بافتراض فسخ العقد ويثبت هذا الحق للدائن أو من يحل محله من الخلف العام أو الخاص أو المحال له أو الموفى مع الحلول ، كما يثبت لدائه بطريق الدعوى غير المباشرة . (حجارى بند 592) ، وإذا تعدد الدائنون فقد ذهب رأى الى إجراء أحكام دعوى التنفيذ على دعوى الفسخ ، وإذ كان يمتنع على أحد الدائنين فى الالتزام القابل للانقسام المطالبة بالتنفيذ إلا فى حدود نصيبه بينما يجوز له أن يطالب بكل الأداء إذا كان الالتزام غير قابل للانقسام

فكذلك دعوى الفسخ فهى لا تجوز لأحد الدائنين فى الالتزام طلب الفسخ كلما كان الرد الجزئى ممكنا ، وهو ما يتيح له طلب الفسخ حتى فى حالة عدم قابلية ما يجب رده للانقسام عن طريق إحلال القيمة محل الشئ . (يراجع فى ذلك حجازى بند 593 حيث يرجح الرأى الأول) ، ونرى أنه لا محل لقياس دعوى الفسخ على دعوى التنفيذ ، ومن ثم يجوز لكل من الدائنين المطالبة بالفسخ ولو كان محل الالتزام أو محل الرد غير قابل للانقسام . (انظر فى هذا المستشار محمد كمال عبد العزيز) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الواقع فى الدعوى أن الطاعن أقام دعواه للحكم بإلزام المطعون ضده برد ما تسلمه من تحت حساب الأعمال التى كلفه بها وتعويضه عن الأضرار التى نجمت عن إخلاله بالتزاماته ، وكان طلب الرد يتضمن حتما طلب الفسخ للتلازم بينهما . (1997/11/26 طعن 2179 سنة 61ق) . وبأنه " إذا كانت الحوالة نافذة قبل المحال عليه لإعلانه بها فإن للمحال له أن يقاضيه فى شأن الحقوق المحال بها دون حاجة على اختصام المحيل لأن الحق المحال به ينتقل الى المحال له مع الدعاوى التى تؤكده ومنها دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه لأنها تكفل للمشترى أن يسترد الثمن فيعتبر بمثابة ضمان له ينتقل بالحوالة مع حقه المحال به " (1968/2/22 طعن 218 لسنة 34ق – م نقض م – 19 – 357) وبأنه " الشرط الفاسخ مفترض دائما فى كل عقد تبادلى فالإفصاح عنه فى العقد لا يعد خروجا على أحكام القانون بل هو توكيد لها ، وعلى ذلك فإن تحقق الشرط الفاسخ لا يؤدى الى انفساخ العقد مادام أن من شرع لمصلحته هذا الشرط لم يتطلبه" (1956/12/13 طعن 41 لسنة 23ق – م نقض م – 7 – 975) . وبأنه " إذا كان المشترى قد طلب الحكم له باسترداد ما عجله من الثمن وببراءة ذمته من السند المحرر بالباقى من هذا الثمن بسبب وجود عيب خفى جسيم فى المبيع فإنه يكون قد طلب ضمنا فسخ العقد ، وإذ كان مقتضى إجابته الى هذا الطلب إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد فيسترد المشترى ما عجله من الثمن وتبرأ ذمته من الباقى عليه منه على أن يكون للبائع استرداد المبيع فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى للمشترى بكلباته لا يكون قد خالف القانون " (1966/10/20 طعن 384 لسنة 33ق – م نقض م – 17 – 1552) .

وثالثهما : يجب على الدائن بعد إعذاره المدين أن يرفع دعوى على هذا الأخير بطلب فيها الى القاضى فسخ العقد ، ولكى يزول العقد بالفسخ يجب أن يصدر حكم به ، ولا يصدر القاضى حكمه بالفسخ إلا إذا رفع الدائن دعوى يطلب فيها ذلك ، فالفسخ قد شرع لمصلحة الدائن الذى أخل مدينه بتنفيذ التزامه ، فإذا رفع الدائن دعوى الفسخ وصدر حكم القضاء به ، فإن هذا الحكم يكون منشئا للفسخ ، ومن ثم يعتبر الفسخ من أعمال التصرف فإذا رفع الوصى دعوى الفسخ لزم لقبولها استئذان المحكمة . (السنهورى – شرف الدين – غانم – البدراوى) ، ويراعى أنه ليس معنى رفع الدائن دعوى الفسخ أن الفسخ يكون واجبا أو حتميا ، بل هو جوازى لكل من الدائن والمدين والقاضى ، فرفع الدعوى بالفسخ لا يحول دون تقرير تدبير آخر غير الحكم بالفسخ . (دكتور أحمد شرف الدين) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : فسخ العقد لا يكون إلا نتيجة الاتفاق المتعاقدين عليه أو لصدور حكم به وفقا لنص المادة 117 من القانون المدنى القديم ولا يشفع لأحد المتعاقدين فى الانفراد بالفسخ قوله بقيام أسباب هى فى نظره مبررة للفسخ وبالتالة فلا جدوى له من النعى على الحكم بعدم الرد على دفاعه المستند الى هذا الأساس . (1957/1/24 طعن 78 لسنة 22ق – م نقض م – 8 – 98) . وبأنه " إذا كانت أجرة الطحن قد تحددت فى التعاقد بمبلغ معين أن يتخذ الأردب من الغلال فإن الطرفين يكونان ملتزمين بهذا الاتفاق ولا يجوز للمؤجر أن يتخذ ذريعة لفسخ العقد بإرادته أن وزارة التموين قررت زيادة الأجر أو أن ظروفا طرأت جعلت تنفيذ العقد مرهقا له " (1957/1/24 طعن 78 لسنة 22ق – م نقض م – 8 – 98) . وبأنه " إذا لم ينص فى عقد البيع على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم فى حالة تأخر المشترى عن سداد الثمن ، فإن الفسخ لا يقع فى هذه الحالة إلا إذا أصدر به حكم من القضاء " (1962/2/8 طعن 148 لسنة 26ق – م نقض م – 13 – 196) .

خيــار الدائــن :

يجوز للدائن بعد رفعه دعوى الفسخ أن يعدل عن طلب الفسخ قبل صدور الحكم النهائى به الى طلب التنفيذ العينى أو التنفيذ بطريق التعويض ، فمثلا للبائع الذى لم يستوف ثمن المبيع ورفع ضد المشترى دعوى بفسخ البيع يجوز له أن يعدل طلبه الى طلب التنفيذ إذا رأى أن له مصلحة فى ذلك إذا كان مدينه موسرا ، ولكنه البائع يطلب غالبا الفسخ إذا وجده معسرا ، وللدائن إذا كان قد رفع الدعوى بالتنفيذ فى أول الأمر أن يعدل عنه الى طلب الفسخ ما لم يكن قد نزل عن أحد هذين الطلبين ، ولكن ومجرد رفع الدعوى بأى طلب منهما لا يعتبر نزولا عن الطلب الآخر ، لكن لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ ، فلا يجوز طلب الفسخ مع إلزام المدين بدفع الأقساط المستحقة عليه والتى يسددها ، وإنما يكون للدائن أن يطلب تعويضا عما أصابه من ضرر جراء الفسخ . (انظر السنهورى – جمال زكى – مرقس – البدراوى – الصدة – مصطفى الجارحى – شرف الدين) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كانت المحكمة قد قررت أن للمشترى عند تأخير البائع فى التسليم الخيار بين طلب التنفيذ العينة أو طلب فسخ البيع مع التضمينات فى الحالتين ، كما له لو كان رفع دعواه بطلب التسليم أن يعدل عنه الى طلب الفسخ ، وليس فى رفع الدعوى بأى من هذين الطلبين نزولا عن الطلب الآخر فإن هذا الذى قررته المحكمة هو صحيح فى القانون . (1952/12/25 – م ق م – 25 – 852)

وحق الدائن يسقط فى الفسخ بالتنازل عن الحق فى الفسخ وهذا التنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا ويعتبر السكوت تناولا ضمنيا شريطة أن يتخذ صاحب الحق رغم سكوته عن طلبه موقفا لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على قصد النزول :

وقد قضت محكمة النقض بأن : لئن كان للبائع أن يطلب فسخ العقد إذا لم ينفذ المشترى التزامه بوفاء الثمن عملا بنص المادة 1/157 من القانون المدنى ، إلا أنه وفقا للقواعد العامة يسقط حقه فى طلب الفسخ إذا تنازل عنه صراحة أو ضمنا . (1975/5/25 طعن 286 لسنة 40ق – م نقض م – 26 – 1072) .

وبأنه ط إذا كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه - برفض دعوى البائع بطلب الفسخ أنه قد استخلص لأسباب سائغة إن الطاعن تنازل ضمنا عن طلب الفسخ بحصوله على حكم بباقى الثمن نفذ به على العين المبيعة بعد أن نفذ على الزراعة القائمة بها ، فإن مجادلة الطاعن فى ذلك لا تعدو أن تكون جدلا موضوعيا فيما يستقل به قاضى الموضوع " (1975/5/25 طعن 286 لسنة 40ق - م نقض م - 26 - 1072) . وبأنه " لئن كان للبائع أن يطلب فسخ العقد إذا لم ينفذ المشترى التزامه بوفاء باقى الثمن عملا بنص المادة 1/157 من القانون المدنى ن إلا أنه وفقا للقواعد العامة يسقط حقه فى طلب الفسخ إذا تنازل عنه صراحة أو ضمنا ، كأن لم يقبل الإقرار المشترى بسداد الثمن أو الباقى منه ، أو يقبل فعلا هذا السداد " (2000/5/31 طعن 3722 سنة 69ق) . وبأنه " إذا كان البين من الأوراق أن البند السابع من عقد إيجار عين النزاع يجرى على أن " المستأجر غير مأذون بأن يحدث احداثا بالمحل مثل هدم أو بناء أو تغيير تفاصيل أو تقسيم الأود أو فتح شبابيك وابواب بدون إذن كتابى من المالك وإن أجرى شيئا من ذلك فيكون ملوما بترجيع المحلات لحالتها الأصليى ويدفع قيمة المصاريف والأضرار والمالك يكون له الحق أن ينتفع بالتحسينات والاصلاحات الناشئة عن تلك الاحداثات أو بجانب منها بدون ملزومية عليه بدفع قيمتها أو بدفع مبلغ عنها مهما كان " ، وكان ظاهر هذا البند يفيد أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى تحديد الجزاء على مخالفته بإعادة الحال الى أصلها بمصروفات على عاتق المستأجر أو الإبقاء على هذه التعديلات أو بعضها دون تحميل المؤجر نفقاتها ، وكان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد عمد الى تطبيق المادة 23/ج من القانون رقم 52 لسنة 1969 التى تجيز للمؤجر طلب فسخ العقد وإخلاء المكان المؤجر إذا استعمله المستأجر بطريقة تنافى شروط الإيجار المعقولة أو تضر بمصلحة المالك ، وقضى بالإخلاء تأسيسا على أن الطاعن (المستأجر) أخل بالتزامه المنصوص عليه فى البند السابع من عقد الإيجار بأن أجرى تغييرا فى العين المؤجرة دون أن يبين فى الأسباب مبررات عدوله عن المدلول الظاهر للعقد من عدم توقيع الجزاء بالفسخ فى هذه الحالة رغم أن للمؤجر عند التعاقد أن ينزل عن التمسك بالرخصة التى خولها له المشرع فى كل أو بعض المواضع التى تجيز له طلب فسخ العقد والإخلاء مما عددته تلك المادة " (1983/11/14 طعن 1476 سنة 48ق - م نقض م - 34 - 1601) .

وبأنه " استنباط الأدلة من الوقائع الثابتة مما يدخل فى نطاق سلطة محكمة الموضوع التقديرية بلا معقب عليها من محكمة النقض ، متى كان استخلاصها سائغا ، وإذ كان سكوت المطعون ضدهم عن التمسك بفسخ العقد أمام اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى لدى نظر طلب الاعتداد به وقبولهم لإثبات تنازلهم عن حقهم فى طلب فسخ العقد ، وكانت محكمة الموضوع قد خلصت الى ما جاء فى الحكم المطعون فيه من أنه " ليس فى الأوراق ما يفيد أن المستأنفين - المطعون ضدهم - سبق أن تنازلوا عن حقهم فى طلب الفسخ وهو استخلاص سائغ ومقبول ، أخذت به واطمأن إليه وجدانها ، كما أنه كاف لحمل قضائها وفيه الرد الضمنى على كل ما أثاره الطاعن ، فإن النعى على الحكم بالقصور ف التسبيب يكون فى غير محله " (1975/5/21 طعن 76 لسنة 40ق – م نقض م – 26 – 1040)

للمدين الحق فى تفادى الحكم بالفسخ :

يستطيع المدين قبل أن يصدر حكم نهائى بالفسخ أن يتوقى الفسخ إذا قام بتنفيذ التزامه ، فمن المستقر عليه أن للمدين الحق فى توقى الفسخ بالوفاء بالدين ولو بعد انقضاء الأجل المحدد بالعقد ، بل وبعد رفع الدعوى بالفسخ حتى صدور الحكم النهائى فيها ، وبالتطبيق لذلك يكون للقاضى أن يرفض إجابة البائع طالب الفسخ الى طلبه إذا قام المشترى بالوفاء بالمبلغ المحكوم به ابتدائيا وذلك أمام محكمة ثانى درجة (الاستئناف) ، ولا يبقى أمام القاضى تقدير ما إذا كان هناك مقتضى للحكم بالتعويض عن التأخير فى التنفيذ ، ومما يساعده فى هذا التقدير إعذار الدائن للمدين قبل رفع الدعوى . (يراجع فى ذلك شرف الدين – حسام الأهوانى والأحكام المشار إليها) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : لما كان الطاعنون قد طلبوا فسخ العقد إعمالا لحقهم المقرر بمقتضى نص المادة 157 من القانون المدنى فإنه يتعين لإجابة طلب الفسخ فى هذه الحالة أن يظل الطرف الآخر متخلفا عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائى وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه الى ما قبل صدوره . (1984/5/22 طعن 1954 سنة 50ق – م نقض م – 35 – 1390) . وبأنه " فسخ العقد يخضع لتقدير قاضى الموضوع يحكم به أو يمنح المدين أجلا للوفاء بالتزامه ، ولئن كان الوفاء بالالتزام فى غضون هذا الأجل مانعا من جواز الحكم بالفسخ فإن انقضاء الأجل دون الوفاء بالالتزام لا يوجب الحكم بالفسخ حتما إلا بنص فى القانون – ولا يوجد هذا النص فى قواعد الفسخ الواردة بالمادة 157 من القانون المدنى –

كما أن المشرع حذف من مواد البيع نص المادة 610 من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الذى كان يوجب الفسخ دون إنذار المشترى الى أجل آخر إذا لم يدفع الثمن قبل انقضاء الأجل - تاركا ذلك لحكم القواعد العامة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين ، والمستفاد من هذه القواعد أن الأجل الذى يجوز للقاضى أن يمنحه للمدين وفقا للفقرة الثانية من المادة 157 من القانون المدنى قد ورد على سبيل الاستثناء من الحق فى طلب الفسخ المقرر للدائن بالفقرة الأولى من النص السالف ، وأن منح فى ذاته لا يتضمن إعمال الشرط الفاسخ فى حالة انقضاء الأجل الممنوح دون الوفاء بل يبقى العقد رغم ذلك قائما ويظل الوفاء والالتزام ممكنا بعد انقضاء الأجل وحتى صدور الحكم النهائى ولا يتعين على قاضى الموضوع أن يحكم بالفسخ فى هذه الحالة " (1984/5/22 طعن 1954 سنة 50ق - م نقض م - 35 - 1390) . وبأنه " الفسخ المبنى على الشرط الفاسخ الضمنى طبقا للمادة 157 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يخول المدين أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين الى ما قبل صدور الحكم النهائى فى الدعوى ، ما لم يتبين لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن ، فإنه لا عبرة بقدر ما لم يوف به من التزام المدين عند نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة ، بل العبرة بما يكون عليه الحال عند الحكم النهائى " (1981/6/2 طعن 403 سنة 48ق - م نقض م - 32 - 1683) . وبأنه " من المقرر أنه يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفا عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائى وله أن يتوقى صدور هذه الحكم بتنفيذ التزامه الى ما قبل صدوره ويستوى فى ذلك أن يكون حسن النية أو سئ النية إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر فى دعوى التعويض عن التأخير فى تنفيذ الالتزام ، ولما كان ما تقول به الطاعنات من عدم رد الحكم على ما تمسكن به من أن ضررا قد أصابهن من جراء تأخير المدين عن تنفيذ التزامه محله دعوى التعويض وليس دعوى الفسخ التى أقمنها فلا يعتبر إغفال الحكم المطعون فيه الرد على هذا الدفاع غير الجوهرى قصورا مبطلا له " (1978/12/27 طعن 1382 سنة 47ق - م نقض م - 29 - 2036) . وبأنه " غذ كان عقد البيع سند الدعوى لا يحوى شرطا صريحا فاسخا فللدائن أن يستعمل خياره فى طلب فسخ العقد طبقا للمادة 157 من القانون المدنى وللمدين توقى الفسخ بالوفاء بالتزامه الى ما قبل صدور الحكم النهائى فى الدعوى وهذا الحق يرجع للمشترى حتما فى حالة نقض الحكم لهذا الوجه من أوجه الطعن ، لأن النقض يعيد الى الخصوم حقوقهم التى كانت لهم قبل صدور الحكم المنقوض فيستطيع المدين أن يتوقى الفسخ بالسداد " (1978/12/27 طعن 1382 سنة 47ق - م نقض م - 29 - 2036) .

وقضت أيضا بأن : تمسك الطاعن بتوقيه الحكم بالفسخ بإيداعه باقى الثمن خزينة المحكمة ليصرف دون قيد أو شرط للمطعون ضده الذى لم يقبل عرضه – القضاء برفض هذا الدفع تأسيسا على أن هذا العرض والإيداع لا يقدح فى ثبوت تحقق الشرط الفاسخ – خطأ . (1998/3/24 طعن 2966 سنة 67ق) . وبأنه " من المقرر أن للمشترى أن يتوقى الفسخ بالوفاء بباقى الثمن قبل صدور الحكم النهائى بفسخ عقده " (1994/7/12 طعن 1068 سنة 60ق – م نقض م – 45 – 1197) . وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للمشترى أن يتوقى الفسخ بالوفاء بباقى الثمن قبل صدور الحكم النهائى بفسخ عقده ما لم يكن هذا الوفاء اللاحق مما يضار به البائع " (1985/2/29/29 طعن 1674 سنة 54ق – م نقض م – 36 – 330) . وبأنه " للمشترى توقى الفسخ – سبيله – الوفاء بباقى الثمن قبل صدور الحكم النهائى بفسخ عقده – شرطه – ألا يكون الوفاء اللاحق مما يضار به البائع " (1998/3/24 طعن 2966 سنة 67ق) . وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة – أن تقدير مدى الجد فى الطلب الذى يقدمه الخصوم بغية إعادة الدعوى الى المرافعة هو الأمور التى تستقل بها محكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط بأن تكون المحكمة قد مكنت الخصوم من إبداء دفاعهم وراعت القواعد الأساسية التى كفل عدالة التقاضى ، ولما كان البين من الأوراق أن محكمة الاستئناف قررت بالجلسة الأولى حجز الدعوى للحكم ورخصت لمن يشاء من الطرفين تقديم مذكرات خلال أجل معين قام الطاعن خلاله عرض الأقساط المتأخرة على المطعون ضده قانونا فقبلها ، وقدم الطاعن طلبا لإعادة للمرافعة تمسك فيه بانقضاء التزامه بالوفاء وأرفق به محضر العرض والتسليم ، وإلا أن المحكمة لم تعرض لهذا الطلب أو الدفاع الثابت به ثم قضت بتأييد حكم أول درجة بفسخ العقد ، فإنها بذلك تكون قد صادرت حق الطاعن فى إبداء دفاعه على ضوء ما تم من الوفاء بالأقساط المتأخرة قبل الحكم فى الدعوى ، كما يعد إخلالا بحق الدفاع وخروجا على القواعد الأساسية التى تكفل عدالة التقاضى فضلا عن القصور ف ى التسبيب "
(1994/7/12 طعن 1068 60ق – م نقض م – 45 – 1197) . وبأنه " إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بفسخ عقد الإيجار موضوع النزاع على أساس الشرط الفاسخ الضمنى ، وكان الفسخ المبنى على هذا الشرط من شأنه –

وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يخول المدين الحق فى أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين ولو بعد انقضاء الأجل المحدد فى العقد ، بل وبعد رفع الدعوى بطلب الفسخ والى ما قبل صدور الحكم النهائى فيها ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن قام بالوفاء بالمبلغ المحكوم به ابتدائيا أمام محكمة الاستئناف وهو ما يقوم مانعا من إجابة طلب الفسخ ما لم يتبين من محكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن وكان الحكم المطعون فبه – الذى أيد الحكم الإبتدائى بفسخ العقد – لم يبين وجه الضرر المبرر لعدم اعتبار وفاء الطاعن بالمتبقى من مبلغ الإيجار المحكوم به ابتدائيا مانعا من الفسخ ، وكان ما قرره من إسناد المماطلة وإعنات الى الطاعن لا يعد بيانا للضرر فى هذا الخصوص ، فان الحكم يكون مشوبا بالقصور فى التسبب والفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضة فيما قضى به من فسخ العقد "(1970/5/26 طعن 130 لسنة 26 ق – م نقض م – 21 – 908) وبأنه " لما كان عقد البيع موضوع النزاع قد حدد تاريخا معينا لتنفيذ التزام كل من الطرفين ولم يرد به أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه بدون تنبيه إذا لم يقم كل طرف بما تعهد به خلال المدة المبين فى العقد مما ينبنى عليه أن يكون للمحكمة حق تقدير الأسباب التى بني عليها طلب الفسخ للحكم بإجابة هذا الطلب أو برفضه وكان يبين من الأوراق أن المشترى قد قام بعرض الثمن على البائع عرضا حقيقيا ثم أودعه له فى خزينة المحكمة فبل الحكم وكان الحكم المطعون فيه إذا قضى بفسخ العقد أقام قضاءه على أن المشترى تأخر عن الوفاء فى الميعاد المحدد ، مع أن عدم اشتمال العقد على الشرط الصحيح الفاسخ من شأنه أن يكون للمشترى دفع الثمن ولو بعد انقضاء الأجل المحدد فى العقد بل وبعد رفع الدعوى بالفسخ ويكون هذا الوفاء مانعا من إجابة طلب الفسخ ما لم يتبين لمحكمة الموضوع لأسباب مسوغة أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به البائع ، لما كان ذلك فان الحكم إذا لم يبين وجه الضرر المبرر لعدم اعتباره وفاء المشترى الثمن قبل الحكم مانعا من الفسخ يكون مشوبا بقصور جوهرى يستوجب نقضه " (1953/5/14 – م ق م – 126 – 852) . وبأنه " لما كان عقد البيع سند الدعوى لا يوحى شرطا صريحا فاسخا فللدائن أن يستعمل خياره فى طلب فسخ العقد طبقا للمادة 157 من القانون المدنى وللمدين توقى الفسخ بالوفاء بالتزامه الى ما قبل صدور الحكم النهائى فى الدعوى وهذا الحق يرجع للمشترى حتما فى حالة نقض الحكم لهذا الوجه من أوجه الطعن ..

لأن النقض يعيد الى الخصوم حقوقهم التى كانت لهم قبل صدور الحكم المنقوض فيستطيع المدين أن يتوقى الفسخ بالسداد ، لما كان ذلك وكان الثابت أن الطعون ضده قد أودع باقى الثمن بمحضرى الإيداع المؤرخين 1977/5/28 و1977/6/7 ولم تقل الطاعنات أن هذا الإيداع ناقص فان تمسكهن بخطأ الحكم المطعون فيه حين عول فى قضاءه على محضر الإيداع التكميلى المؤرخ 1977/6/7 دون أن يعلن أو تعلم به الطاعنات لا يحقق لهن سوى مصلحة نظرية بحتة ويكون هذا النعى غير منتج ولا جدوى منه " (1978/12/27 الطعن رقم 1382 سنة 47 ق – م نقض م – 29 – 2036) . وبأنه " يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفا عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائى وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه الى ما قبل صدوره ويستوى فى ذلك أن يكون حسن النية أو سيئ النية إذ محل ذلك لا يكون إلا عتد النظر فى التعويض عن التأخير فى تنفيذ الالتزام " (1970/3/12 طعن 498 لسنة 35ق – م نقض م – 21 – 425 – 1967/4/20 طعن 332 لسنة 23ق – م نقض م – 18 – 859 – 1962/11/8 طعن 159 لسنة 27ق – م نقض م – 13 – 922 – 1964/1/17 – م ق م – 123 – 152) . وبأنه " متى كان عقد الصلح لم يتضمن شرطا فاسخا صريحا يقضى بفسخ العقد عند التأخير فى الوفاء بالمبلغ المتفق عليه فإن هذا التأخير لا يترتب عليه حتما فسخ العقد بل يكون أمر الفسخ فى هذه الحالة خاضعا لتقدير محكمة الموضوع ويشترط للقضاء به أن يظل المدين متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم فى الدعوى وذلك سواء كان الدائن قد أعذره بالوفاء أو لم يعذره " (1967/1/26 طعن 337 لسنة 30ق – م نقض م – 18 – 215)

استثناء من القاعدة السابقة :

استثناء من القاعدة السابقة ما نص عليه قانون إيجار الأماكن والخاص بالمستأجر المدين الذى لا يحق له توقى الحكم بالفسخ حتى ولو زال المخالفة قبل صدور الحكم فى حالة الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار .

سلطة القاضى فى دعوى الفسخ :

للقاضى سلطة تقديرية فى إيقاع الفسخ أو منح المدين مهلة للوفاء أو رفض طلب الفسخ فى حالة الإخلال الجزئى أو التنفيذ المعيب إذا رأى أن الجزء الذى لم ينفذ أو عيب التنفيذ قليل الأهمية ، ويرى البعض أنه لابد من وضع ضابط قانونى تقاس عليه سلطة القاضى ، ويرى أن هذا الضابط يتمثل فى استحالة تنفيذ المدين لالتزامه على نحو يحقق مقصود الدائن من هذا التنفيذ إذ فى هذه الحالة يتعين على القاضى الحكم بالفسخ . (الشرقاوى) ، ويرى البعض أن هذه الاستحالة تستخلص من إصرار المدين على عدم التنفيذ . (بهجت بدوى فى نظرية العقد) ، وسلطة القاضى التقديرية تقتصر على حالة عدم التنفيذ الجزئى أو المعيب أما فى حالة عدم التنفيذ الكلى مع إصرار المدين على ذلك فإنه يتيعن عليه الاستجابة الى طلب الفسخ ، ويرى البعض قصر سلطة القاضى التقديرية على حالة ما إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية . (مصطفى الجارحى) ، وعند استعمال القاضى سلطته التقديرية حيال طلب الفسخ يكون له أن يمنح مهلة للتنفيذ فإن انقضى هذه الأجل دون أن يقوم المدين بالتنفيذ عد العقد مفسوخا ولو لم ينص على ذلك فى الحكم . (السنهورى بند 474 – البدراةى بند 401 – الشرقاوى فى المصادر هامش ص432) ، وله أن يقتصر على تعويض الدائن عن عدم التنفيذ الجزئى إذا كان قليل الأهمية ، وكان تنفيذ العقد يحتمل التجزئة ، وتخويل القاضى تلك السلطة التقديرية لا يتعلق بالنظام العام فيجوز الاتفاق على سلبها منه . (الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى – مرقس) ، كما أن تلك السلطة التقديرية لا تكون للقاضى حيال الدعوى المرفوعة بالتنفيذ العينى إذ لا يملك القاضى الحكم فيها بالفسخ . (السنهورى – الشرقاوى – مرقس – الصدة – البدراوى – مصطفى الجارحى) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها ، ونفى التقصير عن طالب الفسخ أو إثباته هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من شأن محكمة الموضوع ، ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى أقيم على أسباب سائغة فإذا كانت المحكمة أقامت الواقعة التى استخلصتها على ما يقيمها ، فإنها لا تكون بعد ملزمة بأن تتعقب كل حجة للخصم وترد عليها استقلالا لأن قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفها . (1970/3/17 طعن 583 لسنة 35ق – م نقض م – 21 – 450) .

وبأنه " شرط الفسخ الضمنى لا يستوجب الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام - خضوع هذا الشرط لتقدير القاضى - له إمهال المدين وللأخير أن يتفادى الفسخ بتنفيذه الالتزام قبل صدور الحكم النهائى " (1997/11/4 طعن 4049 سنة 66ق) ، وبأنه " إعطاء المشترى المتأخر فى دفع الثمن أجلا للوفاء به طبقا للمادة 2/157 من القانون المدنى هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الرخص التى أطلق فيها الشارع لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ منها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه ، فلا يلزم بتسبيب قضائه بمنح المشترى نظرة الميسرة أو برفض هذا الطلب ، مما لا يقبل معه النعى على الحكم المطعون فيه إقراره للمبررات التى أوردها الحكم المستأنف وعول فى قضائه بالمهلة " (1981/6/2 - طعن 403 لسنة 48ق - م نقض م - 32 - 1683) . وبأنه " تقدير كفاية أسبب فسخ العقد أو عدم كفايتها وتحديد الجانب المقصر فى العقد أو نفى التقصير عنه - من أمور الواقع - استقلال محكمة الموضوع بتقديرها بما لها من سلطة فهم الواقع فى الدعوى " (1996/3/6 طعن 1352 سنة 60ق) . وبأنه " إذ كان الثابت بمدونات الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن المطعون ضده قد تمسك بمذكرته بعدم قيام العقد المؤرخ 1962/6/17 لعدم تنفيذ الطاعن لالتزاماته الواردة به بما يتضمن طلبا بفسخه ، وكان الحكم قد أقام قضاءه بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية مستبعدا أحكام المسئولية العقدية لما ثبت له من عدم تنفيذ الطاعن لتلك الالتزامات بما بنطوى على قضاء ضمنى بفسخ هذا العقد فإنه يكون قد التزم صحيح القانون " (1983/2/3 طعن 335 سنة 49ق - م نقض م - 34 - 394) . وبأنه " لما كان الفسخ المبنى على الشرط الفاسخ الضمنى طبقا للمادة 157 من القانون المدنى يخول المدين أن يتوقى صدور الحكم بالفسخ بالوفاء بالتزامه الى ما قبل صدور الحكم النهائى فى الدعوى إلا أن هذا الوفاء المتأخر يجب أن يتم طبقا للأوصاف وبذات الشروط المتفق عليها - فالتنفيذ المعيب يعتبر فى حكم عدم التنفيذ الجزئى - وأن يكون مما لا يضار به الدائن ، ومحكمة الموضوع فيما تقرره من كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها لا تخضع لرقابة محكمة النقض متى استندت فى ذلك الى أسباب سائغة " (1989/3/6 - طعن 2092 سنة 57ق - م نقض م - 40 - 735) . وبأنه " تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها ونفى التقصير عن طالب الفسخ أو اثباته هو وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من شأن محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى أقيم على أسباب سائغة " (1988/5/2 - طعن 727 سنة 51ق - م نقض م - 39 - 881) .

منح القاضى مهلة للمدين لتنفيذ التزامه :

الفسخ إذا لم يشترط بنص فى العقيد ، فإنه يكون – طبقا لنص المادة 157 من القانون المدنى – خاضعا لتقدير قاضى الموضوع ، يحكم به أو يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه ، وإن كان الوفاء فى غضون هذا الأجل مانعا من جواز الحكم بالفسخ فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الفسخ حتما ، إذ لا ينطوى منح الأجل ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذى بموجبه يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وإنما تبقى سلطة قاضى الموضوع التقديرية ، فيظل العقد قائما ، ويكون الوفاء بالالتزام لا يزال ممكنا بعد انقضاء الأجل حتى صدور الحكم النهائى ، ويكون لقاضى الموضوع تقدير ظروف التأخير فى الوفاء ، فيقضى بالفسخ أو برفضه .

وقد قضت محكمة النقض بأن : لما كان القانون لا يوجب على القاضى فى خصوص الشرط الفاسخ الضمنى أن يقضى به وإنما خوله سلطة تقديرية يحكم به أو يعطى المدين مهلة للقيام بتنفيذ الالتزام فى غضونها وإلا اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه – فإن الحكم لا يكون مخطئا إذا قضى بإلزام المدين بدفع الباقى من الثمن فى ظرف معين وإلا اعتبر التعاقد مفسوخا من تلقاء نفسه . (1950/3/23 – م ق م – 124 – 852) وبأنه " لما كان إعطاء المشترى المتأخر فى دفع الثمن أجلا للوفاء به طبقا للمادة 2/157 من القانون المدنى هو من الرخص التى أطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ منها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه ، فإنه لا يقبل النعى على الحكم لقصور أسبابه عن بيان الاعتبارات التى اعتمد عليها فى رفض منح الطاعن أجلا للوفاء بما هو متأخر فى ذمته من الثمن " (1969/12/23 طعن 341 لسنة 35ق – م نقض م – 20 – 1296) . وبأنه " إذا لم يشترط الفسخ بنص العقد فإنه يكون خاضعا لتقدير قاضى الموضوع ، يحكم به أو يمنح المدين أجلا للوفاء بالالتزام ، ولئن كان الوفاء فى غضون هذا الأجل مانعا من جواز الحكم بالفسخ فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الحكم بالفسخ حتما إلا بنص فى القانون ،

ولا يوجد هذا النص فى قواعد الفسخ الواردة بالمادة 157 من التقنين المدنى كما أن المشرع حذف من مواد البيع نص المادة 610 من المشروع التمهيدى الذى كان يوجب الفسخ دون إنذار المشترى الى أجل آخر إذا لم يدفع الثمن قبل انقضاء الأجل وهو النص المقابل للمادة 333 مدنى قديم - تاركا ذلك لحكم القواعد العامة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين ، والمستفاد من هذه القواعد أن الأجل ورد بالفقرة الثانية من المادة 157 على سبيل الاستثناء من الحق المقرر للدائن بفقرتها الأولى فى طلب الفسخ ، ولا ينطوى منح الأجل فى ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذى بموجبه يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، وإنما يبقى العقد قائما ، والوفاء بالالتزام لا يزال ممكنا بعد انقضاء الأجل حتى صدور الحكم النهائى ، ويكون لقاضى الموضوع تقدير ظروف التأخير فى الوفاء ولا يتعين عليه أن يحكم بالفسخ ، ويجوز أن يحكم برفضه إذا هو تبين أن الوفاء المتأخر مما لا يضار به الدائن" (1972/10/26 طعن 349 لسنة 37ق - م نقض م - 23 - 1220) .

ويجوز إلزام المدين بالتعويض مع الحكم بالفسخ :

ويجوز أن يقضى لطالب الفسخ مع فسخ العقد بتعويض يتحمل به المدين المقصر عن الأضرار التى ترتبت للطرف الآخر على تقصيره فى الوفاء بالتزاماته وما أدى إليه ذلك من فسخ العقد ، فإذا كان البائع قد طلب فسخ العقد لعدم وفاء المشترى بالثمن وقضى له بالفسخ يجوز له أن يطلب من المشترى تعويضا عما يخسره من الثمن عند إعادة البيع بسبب انخفاض الأسعار أو بسبب مجرد مرور الزمن (فى أثمان السيارات مثلا) ، والفقه يذهب الى أن الالتزام بالتعويض قائم على المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية ، لأن العقد المفسوخ لا يصلح أساسا للمسئولية العقدية . (السنهورى ، الوسيط فقرة 478 - اسماعيل غانم فقرة 169) ، ولكننا نعتقد أن التعويض يمكن أن يبنى على المسئولية العقدية التى تنشأ بمجرد التقصير فى الوفاء بالالتزام ، إذ يترتب على هذا التقصير نشوء الحق فى التعويض على أساس المسئولية العقدية ، والحق فى طلب الفسخ للتحلل من الارتباط بالعقد ، وليس من اللازم أن يبقى العقد قائما حتى الحكم بالتعويض لتكون المسئولية عقدية . (انظر فى هذا الرأى الشرقاوى) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن : النص فى المادة 157 من القانون المدنى على أنه " فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض إن كان له مقتض يدل على على أن الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لا يلزم برد ما حصل عليه فقط وإنما فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ ، وإذ كان ما بنى عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسسا على توافر الخطأ فى جانبه وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهى الأركان اللازمة لقيام المسئولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ الطاعن بأنه خطأ عقدى مادام أن ذلك لم يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها . (1978/1/19 طعن 58 سنة 44ق – م نقض م – 29 – 265 – انظر نقض 2001/1/3 طعن 3829 سنة 66ق) ، وبأنه " متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى التعويض – عن فسخ عقد العمل – على توافر مبرر إنهاء العقد لدى الشركة المطعون عليها فذلك حسبه ولا يكون عليه بعد ذلك أن يتقصى وقوع ضرر للطاعن أو أن يلتفت لما ساقه من أسانيد لإثبات هذا الضرر " (1971/4/14 طعن 496 لسنة 34ق – م نقض م – 22 – 477) . وبأنه " الشرط الجزئى التزام تابع للالتزام الأصلى ، إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام فإذا سقط الالتزام الأصلى بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائى فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه فإن استحق تعويض للدائن تولى القاضى تقديره وفقا للقواعد العامة التى تجعل عبء إثابت الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن " (1971/3/25 طعن 343 لسنة 36ق – م نقض م – 22 – 401) .

أثر الفسخ يمتد الى الغير :

وأثر الفسخ يمتد الى الغير ، فإذا كان مشترى عين قد تصرف فيها الى شخص آخر أو رتب عليها حقا من الحقوق ثم حكم بفسخ الشراء بطلب البائع فإن هذا يقتضى زوال حق من انتقلت إليه الملكية من المشترى أو من رتب لمصلحته المشترى حقا من الحقوق لأن زوال حق الناقل يؤدى الى زوال حق المكتسب ،

فيسترد البائع العين غير محملة بأى حق للغير ، ولكن يلاحظ أن الغير حسن النية يكفل القانون حماية خاصة لحقوقه على العين التى يقضى الحكم بالفسخ ردها فإذا كان الشئ واجب الرد منقولا ، وكان الغير قد حازه بناء على بيع مثلا (سبب صحيح) ، دون أن يعلم ما يتهدد ملكية البائع له بسبب الفسخ (بحسن نية) ، فإنه يصبح مالكا له ، ملكية لا تتأثر بحق البائع الأول فى استرداه بعد الحكم بالفسخ ، تطبيقا لحكم المادة 976 مدنى الذى يجعل الحيازة فى المنقول (بسن نية وبسب صحيح) سنجا لحماية حق الحائز حتى فى مواجهة المالك الحقيقى ، أما أن كان الشئ الذى يرد عليه البيع الذى حكم بفسخه عقارا ، وكان مشتريه قد باعه الى شخص آخر حسن النية سجل عقده قبل التأشير بدعوى الفسخ التى رفعها البائع الأول على هانش تسجيل البيع الأول ، أو قبل تسجيل هذه الدعوى أو الحكم الصادر فيها بالفسخ ، فإن صدور الحكم بالفسخ بعد ذلك لا يؤثر على حقوق هذا المشترى الثانى ، فيظل العقار ملكا له ، ولا يسرى عليه حكم الفسخ . (تطبيقا للمادتين 15 ، 17 من قانون الشهر العقارى الصادر سنة 1946) أما أن كن تسجيل حق المشترى الثانى بعد التأشير بدعوى الفسخ أو تسجيلها ، أو تسجيل الحكم به ، فإن حسن النية المشترى الثانى لا يجديه ويفضل حق البائع الأول على حقه فيسترد منه العقار ، ويلاحظ أن المادة 1034 تتضمن حكما خاصا لحماية الدائن المرتهن رهنا رسميا إذ تقضى ببقاء حق المرتهن رغم إبطال سند ملكية الراهن أو فسخه أو الرجوع فيه ، إذا كان المرتهن حسن النية وقت إبرام العقد ، (كما أن امتداد أثر الفسخ إلى الغير لا يعنى فى رأى الفقه زوال حقوقهم التى تلقوها وهم حسنو النية بمقتضى عقد من عقود الإدارة كالإيجار فيسترد المتعاقد العين المبيعة مثلا بعد فسخ البيع مه بقاء حق المستأجر عليها . (انظر منصور ، مذكراته ص119 وإسماعيل غانم ، فقرة 169 وإن كنا لا نجد سندا فى القانون المدنى الحالى لهذا الحكم) ، والغير الذى تزول حقوقه بالفسخ هو من تلقى حقه من الطرف الذى قضى ضده بالفسخ ، أما إن كان تلقى حقوقه من الطرف الآخر ، فقد أشرنا إلى أن الفقه يرى فى ذلك حائلا دون طلب الفسخ من هذا الطرف لعجزه عن إعادة لحال إلى ما كانت عليه قبل العقد . (انظر الشرقاوى وراجع السنهورى والبدراوى) .

تتقادم دعوى الفسخ بمضى خمسة عشر عاما من وقت التنفيذ بتقدير أنه الوقت الذى قام فيه حق الدائن طالب الفسخ ، فإذا كان الإعذار واجبا تحدد وقت عدم التنفيذ بتاريخ إعلانه أو بفوات المهلة المحددة فيه ، ولا تتأثر مدة تقادم دعوى الفسخ بدعوى الحق الناشئ عن العقد ، كما لا تتغير مدتها فى مواجهة الحائز وهو من اكتسب حقا عينيا على العقار بعد تسجيل دعوى الفسخ . (حجازى – السنهورى – البدراوى – الصدة) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : لئن كان حق المشترى فى استرداد الثمن من البائع فى حالة فسخ البيع يقوم على أساس استرداد ما دفع بغير حق – الأمر الذى أكدته المادة 182 من القانون المدنى بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد أن تحقق وهو ما ينطبق على حالة ما إذا نفذ أحد المتعاقدين التزامه فى عقد فسخ بعد ذلك إلا أنه فى حالة انفساخ العقد من تلقاء نفسه – طبقا للمادة 159 مدنى – لاستحالة تنفيذ البائع التزامه بنقل ملكية بسبب الاستيلاء لديه على الأطيان المبيعة تنفيذا لقانون الإصلاح الزراعى ومنازعة البائع فى حصول هذا الانفساخ قبل رفع الدعوى وأثناء نزرها ألا يقضى برد الثمن إلا كأثر من الآثار المترتبة على فسخ العقد أو انفساخه طبقا للمادة 160 من القانون المدنى ، وإذ كانت دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة 187 من القانون المدنى ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة فإنه طالما يكون للدائن أن يرفع هذه الدعوى فإنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن إذ لا يكون هذا الثمن مستحق الأداء وممكنا المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ . (1968/1/22 – طعن 217 لسنة 34ق – م نقض م – 19 – 345) . وبأنه " من المقرر أن التقادم المقترن بالحيازة لا يكسب المتمسك به إلا ما حازه من حقوق عينية فقط دون الحقوق الشخصية وذلك ما اصطلح على تسميته بالتقادم المكسب ، أما التقادم المسقط للحقوق ، وهو عدم استعمال صاحب الحق له مدة معينة فإنه يسقط الحقوق الشخصية والعينية على سواء باستثناء حق الملكية لأنه حق مؤبد ، وكان النص فى المادة 374 من القانون المدنى على أنه " يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون ،

يدل على أن الالتزام وهو الحق الشخصى للدائن الذى يخوله مطالبة مدينه إعطاء شئ أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وسائر الالتزامات التى مصدرها القانون تتقادم كأصل عام بمضى خمس عشرة سنة ما لم يوجد نص خاص يخالف ذلك ، باعتبار أن التقادم سبب لانقضاء الحقوق الشخصية أو العينية احتراما للأوضاع المستقرة كأصل عام ، أو اعتدادا بقرينة الوفاء أو جزاء لإعمال الدائن فى حالات خاصة ، والأصل أن يبدأ التقادم وعلى ما تقضى به المادة 381 من القانون المدنى من تاريخ الاستحقاق ما لم ينص القانون على غير ذلك ، فإذا كان ميعاد الاستحقاق متوقفا على إرادة الدائن فإن مدة التقادم تسرى من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من المطالبة بدينه ، وكان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الدعوى بطلب فسخ عقد الإيجار هى بطلب حق من الحقوق الشخصية التى ليست لها مدة خاصة تتقادم بها فإن تقادمها يكون بمضى خمس عشرة سنة من وقت نشأة الحق فى الدعوى باعتباره التاريخ الذى يتمكن فيه الدائن من المطالبة بدينه . لما كان ذلك ، وكان المطعون ضدهم قد أقاموا الدعوى بطلب فسخ عقد الإيجار المؤرخ 1961/1/11 والإخلاء استنادا الى تنازل الطاعن الثانى عن هذا العقد الى الطاعن الأول بتاريخ 1965/3/24 ، وكان الطاعنون قد تمسكوا بالتقادم ، ودللوا على ذلك بالشهادة المنوه عنها بوجه النعى والمؤيدة له ، وكان المطعون ضدهم قد رفعوا الدعوى بتاريخ 1996/12/9 بعد مضى أكثر من خمس عشرة سنة على ذلك التنازل ، فأطرح الحكم دفاعهم وأقام قضاءه على مجرد القول ، أما عن الدفع بالتقادم فإن الحق المدعى به لا يكتسب ولا يسقط بمضى المدة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن " (نقض 2000/2/7 طعن 597 لسنة 69ق) .

ودعوى فسخ العقد لسبب من أسباب الفسخ تقتصر فيها وظيفة المحكمة على بحث هذا السبب وحده ، وقضاؤها برفض الدعوى لا يتعدى ذلك الى القضاء ضمنا بصحة العقد وبالتالى لا يمنع من التمسك بسبب آخر من أسباب الفسخ سواء فى صورة دفع أو برفع دعوى فسخ جديدة ، إذ لا يجوز الحكم النهائى برفض الفسخ قوة الأمر المقضى إلا بالنسبة لسبب الفسخ المقام عليه الدعوى الصادر فيها ذلك الحكم . (1980/1/31 طعن 1451 سنة 48ق – م نقض م – 31 – 366)

وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كانت الدعوى قد أقيمت بفسخ عقد البيع موضوع الدعوى تأسيسا على تخلف المطعون ضده عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن وقضى نهائيا برفضها فى الاستئناف الذى بت فى أمر الباقى من الثمن ورفض طلب الفسخ لوفاء المطعون ضده به فإن هذا القضاء يحوز قوة الأمر المقضى فى شأن طلب الطاعنات الفسخ لتخلف المشترى عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن ويمنع الخصوم أنفسهم من التنازع فى هذه المسألة بالدعوى الراهنة ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها فى الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها ويتعين على الحكم المطعون فيه أن يتقيد فى قضائه بين الخصوم أنفسهم فى شأن تلك المسألة التى قضى فيها الحكم الأول ولا يغير من ذلك اختلاف الطلبات فى الدعويين وكونها فى الدعوى الماثلة صحة التعاقد ونفاذه وفى الأول فسخ العقد . (1978/12/27 طعن 137 سنة 48ق – م نقض م – 29 – 2040) . وبأنه " إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر إعمالا لحكم المادة 157 من القانون المدنى لا استنادا إلى وجود شرط فاسخ فى العقد فإن هذا القضاء يكون منشئا للفسخ لا مقررا له " (1969/7/3 طعن 366 لسنة 35ق – م نقض م – 20 – 1118) .

الفسـخ الاتفاقـــى

تنص المادة (158) على أنه " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه" .

قد يتم الاتفاق بين طرفى عقد ملزم للجانبين بعد إبرام هذا العقد على حل رابطتهما العقدية قبل أن يتم تنفيذه كاملا أو قبل أن تنتهى مدته ، فيكون هذا الاتفاق إنهاء للعقد بالنسبة للمستقبل إن كان عقد مدة كالإيجار أو عقد العمل ، ويكون رجوعا عن التزامات العقد إن كان عقدا فوريا كالبيع ، وهذا الاتفاق مضمونه إقالى كل طرف للآخر من التزامه بالعقد ، أى رفع هذا الالتزام عنه ولذا يسمى (تقايلا) ، وهو فسخ للعقد يتم باتفاق طرفيه فى وقت لاحق لإبرامه ،

ولا يلزم لوقوعه توافر أية شروط كالفسخ القضائى ، فهو ليس جزاء وإنما هو اتفاق ينتج أثره وفقا للمبادئ العامة فى العقود ، ولكن نظرا لأنه اتفاق على فسخ عقد سابق ، فإنه ينتج أثر الفسخ بصفة عامة من حيث أنه ينهى وجود العقد ، ويقتضى أن يرد كل متعاقد الى الآخر ما حصل عليه تنفيذا للعقد المفسوخ ، لإعادة العاقدين الى حالهما قبل التعاقد بالنسبة للعقود الفورية التى تقتضى طبيعتها ذلك ، ومع ذلك فوقوع هذا الفسخ باتفاق الطرفين يترك مجالا واسعا لتحديد الآثار التى تترتب عليه بالصورة التى يرتضيها طرفا العقد ، ولو اختلفت مع أثار الفسخ الذى يتم بحكم القضاء ، كما يلاحظ أن الاتفاق على الفسخ ، يسرى على غير طرفيه فى حدود سريان أثر العقود على غير المتعاقدين ، ولذا لا يؤثر على مركز من كسب حقا من أحد الطرفين (خلف خاص) ، قبل الاتفاق على الفسخ ، لأن الخلف الخاص لا يتأثر بتصرفات السلف إلا إن كانت سابقة على الاستخلاف ، كما سبق أن رأينا ، فإن كان المشترى عين قد رتب عليها رهنا ، قبل الاتفاق مع البائع على (التقايل) ، عادت هذه العين إلى البائع ، محملة بهذا الرهن ولكن الفسخ الاتفاقى لا يقتصر على صورة (التقايل) ، بل يمكن أن تكون له صورة أخرى تتمثل فى تضمن العقد ، منذ إبرامه ، شرطا بالفسخ إن وقع إخلال بالالتزامات المترتبة على العقد أو بالتزام منها ، ولذا يسمى " شرط الفسخ " ، وقد تكون للفسخ الذى يتم تطبيقا لهذا الشرط أحكام تختلف عن أحكام الفسخ القضائى (أنظر الشرقاوى – السنهورى – عمران – شرف الدين – مرقس – غانم - سلطان – يحيى – رسلان)

اختلاف الفسخ الاتفاقى عن الفسخ القضائى :

الفسخ الاتفاقى هو اتفاق طرفى العقد على أن يكون لأحد الطرفين فسخ العقد بإرادته المنفردة بواسطة تعبير عن الإرادة يوجهه الى الطرف الآخر ، ويتضح من ذلك أن الفسخ الاتفاقى على خلاف الفسخ القضائى يقع بحكم الاتفاق بمجرد إعلان الدائن رغبته فى ذلك دون حاجة الى رفع دعوى بالفسخ أو صدور حكم به ، وإذا اقتضت الضرورات العملية لجوء الدائن الى القضاء لاستصدار حكم بالفسخ فإنه يكون حكما مقررا للفسخ الذى يكون قد وقع من قبل بإرادة الدائن بمجرد إعلان رغبته بذلك الى المدين . (المستشار محمد كمال عبد العزيز) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى يختلفان طبيعة وحكما فالشرط الضمنى لا يستوجب الفسخ حتما إذ هو خاضع لتقدير القاضى وللقاضى أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ ، أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضى به المادة 334 من القانون المدنى (قديم) يوجب الفسخ حتما فلا يملك معه القاضى إمهال المشترى المتخلف عن أداء الثمن ، ولا يستطيع لمشترى أن يتفاد الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمى الى الوفاء ، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجبا للفسخ بلا حاجة الى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة فى الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة الى تنبيه إو إنذار ، وعلى ذلك فإنه إذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أقامت قضاءها بفسخ العقد على أن المشترى إذ قصر فى الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقا فى طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمنى المفترض فى جميع العقود التبادلية ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت إن الفسخ كان متفقا عليه جزاء للتخلف عن أداء الثمن وإذ قد ثبت لها تخلف المشترى فهى تقرر حق البائع فى الفسخ نزولا على حكم الشرط الفاسخ الصريح عملا بنص المادة 334 مدنى ، ثم لم تلبث أن قالت فى آخر حكمها إنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منها أسبابا لحكمها ، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واقعيين متغايرين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرطى الفسخ الصريح والضمنى طبيعة وحكما ، وهذا تعارض فى أسباب الحكم يعيبه ويستوجب نقضه . (1946/5/2 – م ق م – 113 – 850) وبأنه " شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يختلفان طبيعة وحكما ، فالشرط الفاسخ الصريح يجب أن تكون صيغته فى العقد صريحة قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له ، وهو لذلك يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ولا يستطيع المدين أن يتفادى الفسخ بأداء التزامه أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ ، أما الشرط الضمنى فلا يستوجب الفسخ حتما إذ هو خاضع لتقدير القاضى ، وللقاضى أن يمهل المدين حتى يعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ " (1982/5/13 طعن 872 سنة 51ق – م نقض م – 33 – 517) .

وبأنه " قاعدة الفسخ الوارد بنص المادة 157 مدنى غير آمرة تسرى على العقود الملزمة للجانبين – ومنها عقود الإيجار التى تخضع لأحكامه وتخرج عن نطاق تطبيق قوانين الإيجارات الاستثنائية – ومقتضاها وجوب الالتجاء للقضاء لاستصدار حكم بفسخ العقد جزاء إخلال الطرف الآخر بالتزاماته وقد منح القانون المدنى فى المادة 158 منه للمتعاقدين حرية الاتفاق على وقوع الفسخ بقوة الاتفاق بمجرد تحقيق الإخلال دون حاجة للجوء للقضاء لاستصدار حكم بالفسخ ، وبالتالى وحتى تنصرف إرادة المتعاقدين الى وقوع الفسخ بقوة الاتفاق فإنه يتعين أن تكون عبارات الشرط واضحة قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء بنفسه بمجرد حصول الإخلال بالالتزام الموجه إليه " (1985/10/30 طعن 1952 سنة 54ق – م نقض م – 36 – 963) .

وإذا لم تفصح المحكمة على أى أساس أسست قضاءها هل هو الفسخ الصريح أو الفسخ الضمنى فيعد قضاءها مشوبا بالقصور فى التسبيب :

وقد قضت محكمة النقض بأن : إذ دفع بسقوط الحق فى التمسك بالشرط الصريح الفاسخ ولم يرد الحكم على ذلك إلا بمجرد الإشارة الى طلب الفسخ مطلقا دون بيان للمراد منه هل هو الفسخ الصريح أو الفسخ الضمنى فهذا يكون قصورا فى التسبيب يعيب الحكم ويوجب نقضه . (1947/12/27 – م ق م – 134 – 853) .

والقانون لا يشترط ألفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير أسباب الفسخ إلا أنه يلزم أن تكون صيغته قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له ، كما وأن الشرط الفاسخ لا يعتبر صريحا فى حكم المادة 158 من القانون المدنى إلا إذا كان يفيد انفساخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة لحكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزام ، ومن خلال هذه القاعدة ذهب الفقه الى تقسيم الاتفاق على الفسخ الى أربعة درجات تبعا لدلالة العبارات المستخدمة فى التعبير عن اتفاق الطرفين فى شأنه ، فأولى هذه الدرجات أن يكتفى العاقدان بالنص على أنه عند وقوع المخالفة يعتبر العقد مفسوخا ، وهو ما لا يعدو أن يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المفترض فى كل العقود ، ومن ثم لا يغنى عن الإعذار ولا عن رفع دعوى بطلب الفسخ ،

ولا عن صدور حكم بالفسخ ويكون الحكم فى هذه الحالة منشئا للفسخ ويكون للقاضى كامل سلطته فى صدد الفسخ القضائى ، والدرجة الثانية النص على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، وفى هذه الحالة لا يعفى الدائن من الاعذار ولا من اللجوء الى القضاء ويتعين صدور حكم بالفسخ ويكون أثره منشئا ولكن القاضى يفقد سلطته التقديرية ويلتزم بالحكم بالفسخ بمجرد التحقق من وقوع المخالفة ولا يملك المدين تفادى الحكم بالفسخ بالوفاء المتأخر (قارن حجازى بند 600 والبدراوى بند 406 حيث يريان أن هذه العبارة كافية فى الدلالة على قصد إيقاع الفسخ بحكم الاتفاق دون صدور حكم به من القاضى وإذا تدخل يكون حكمه مقررا – وقارن حمدى عبد الرحمن ص621 حيث يشترط لاعتبار الشرط صريحا فاسخا أن يتضمن النص على وقوعه بغير حاجة الى استصدار حكم) ، والدرجة الثالثة أن ينص على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بغير حاجة الى حكم وفى هذه الحالة يقع الفسخ فور إبداء الرغبة فيه ودون حاجة الى رفع دعوى أو صدور حكم وإن صدر يكون مقررا ولكن مثل هذه العبارة لا تعفى الدائن من واجب الاعذار قبل التمسك بالفسخ ، أما الدرجة الرابعة فهى التى ينص فيها على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بغير حاجة الى تنبيه أو إنذار أو استصدار حكم . (السنهورى بند 482 ص 485 – جمال زكى بند 318 – الشرقاوى فى المصادر بند 89 - مصطفى الجارحى ص113 – البدراوى بند 406 – مرقس بند 344 – حمدى عبد الرحمن ص614 – الصدة بند 371) .

وقد جرت أحكام النقض على أنها لا تستلزم استخدام عبارات معينة للدلالة على الشرط الصريح الفاسخ ، ولكن يبدو من أحكامها المتأخرة أنها تشترط لإيقاع الفسخ بغير حكم أن تصرح عبارة الشرط بذلك ويمكن القول فى ضوء ذلك أنه إذا نص فى العقد على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون أن ينص على وقوع ذلك بغير حكم فإن هذا النص لا يعفى الدائن من اللجوء الى القضاء بطلب الفسخ ويكون الحكم القاضى به منشئا له وليس كاشفا عنه ، ولكنه لا تكون له سلطة تقديرية كشأنه عند إعمال المادة 157 وإنما يلتزم بالحكم به بمجرد التحقق من وقوع المخالفة أما إذا نص العد على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى استصدار حكم فإن العقد يعتبر مفسوخا بمجرد وقوع المخالفة وإبداء الدائن رغبته فى إيقاعه ويكون حكم القاضى به حكما كاشفا . (انظر فى ذلك المستشار محمد كمال عبد العزيز) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : النص فى البند الثالث من عقد البيع موضوع التداعى على أنه " إذا تأخر الطرف الثانى – الطاعنة – عن سداد القسط المستحق أو جزء منه فى موعده المحدد يخطر فى موعد غايته شهر من تاريخ التأخير فإن تخلف عن السداد بعد إخطاره استحقت جميع الأقساط دفعة واحدة ويكون للشركة البائعة ى هذه الحالة الحق فى أحد أمرين : 1) اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه او إنذار أو اتخاذ أى إجراء قانونى أو قضائى آخر ، 2) مطالبة الطرف الثانى بباقى الأقساط التى تأخر فى سدادها مع حساب فائدة تأخير قدرها 14% " ، فإن صيغة الشرط على النحو آنف البيان لا تفيد اتفاق الطرفين على انفساخ العقد حتما من تلقاء نفسه فى حالة التأخر فى دفع قسط أو جزء منه على نحو ما نصت عليه المادة 158 من القانون المدنى ، ولا تعدو أن تكون ترديدا لحق البائع فى الشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين . (1997/4/27 طعن 2247 سنة 66ق – م نقض م – 48 – 701) . وبأنه"لما كان القانون لا يشترط ألفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير أسباب الفسخ إلا أنه يلزم أن تكون صيغته صريحة قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتما عند تحققه ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزام . (1997/11/30 طعن 4947 لسنة 61ق) ، وبأنه " الشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة سلطة تقدير أسباب الفسخ يلزم ان تكون صيغته قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ بمجرد حصول المخالفة الموجبة له " (1996/2/18 طعن 2649 سنة 61ق) ، وبأنه " اعتبار الشرط الفاسخ صريحا – مناطه – أن يفيد انفساخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى – م 158 مدنى " (1996/2/18 طعن 2649 سنة 61ق) ، وبـه " النص فى عقد البيع على حلول باقى أقساط الثمن عند تأخر المدين عن الوفاء بقسطين منها دون الحاجة الى تنبيه أو إنذار – لا يفيد الاتفاق على انفساخ العقد من تلقاء نفسه عملا بالمادة 158 مدنى – اعتباره ترديدا لحق البائع فى الشرط الفاسخ الضمنى المقرر فى العقود الملزمة للجانبين " (1996/2/18 طعن 2649 سنة 61ق) ، وبأنه " أنه وإن كان القانون لا يشترط ألفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير أسباب الفسخ

إلا أنه يلزم فيه أن تكون صيغته قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه مجرد حصول المخالفة الموجبة له " (1990/6/10 طعنان 3093 لسنة 57ق ، 120 لسنة 58ق – م نقض م – 41 – 266) . وبأنه " الشرط الفاسخ لا يعتبر صريحا فى حكم المادة 158 من القانون المدنى إلا إذا كان يفيد انفساخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزام " (1990/6/10 طعنان 3093 لسنة 57ق ، 120 لسنة 58ق – م نقض م – 41 – 266) . وبانه " جرى قضاء هذه المحكمة على أنه إذا لم ينص فى عقد البيع على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم فى حالة تأخر المشترى عن سداد الثمن فإن الفسخ لا يقع فى هذه الحالة إلا إذا صدر به حكم من القضاء " (1988/5/11 طعن 72 سنة 55ق – م نقض م – 39 – 944) . وبأنه " لا يشترط القانون ألفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير أسباب الفسخ ، وكل ما يلزم فيه أن تكون صيغته قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له " (1981/11/18 طعن 388 سنة 48ق – م نقض م – 32 – 2052) .

وقضت أيضا بأن : المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يتعين القول بتوافر الشرط الفاسخ الصريح أن تكون صيغته قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه لمجرد حصول المخالفة الموجبة له . (1988/5/11 طعن 72 سنة 55ق – م نقض م – 39 – 944) ، وبأنه " القانون لا يشترط ألفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح ، والنص فى العقد على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة الى تنبيه أو إنذار أو إخطار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد ، يقوم مقام النص على الشرط بلفظه ، ولا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فى هذا التفسير مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى أخذت به " (1986/5/27 طعن 19 سنة 53ق – م نقض م – 37 – 604) . وبأنه " النص فى العقد على أنه إذا تأخر الطرف الثانى فى دفع القيمة الإيجارية يحق للطرف الأول فسخ هذا العقد وتصبح حيازة الطرف الثانى للعين بلا سند قانونى وبغير حاجة الى تنبيه بالسداد لا تؤدى الى فسخ العقد حتما ومن تلقاء نفسه فور تراخى المستأجر فى الوفاء بالأجرة فى مواعيدها ، إذ جاءت قاصرة على مجرد منح المؤجر حق فسخ العقد وهو ذات الحق المقرر له فى القانون فى العقود الملزمة للجانبين ، أى أنها لا تعدو أن تكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المنصوص عليه فى المادة 157 من القانون المدنى ،

ولا يغير من ذلك ما ورد بعبارة الشرط من أن حيازة المستأجر تصبح بلا سند قانونى إذ أن ذلك أثر محقق لوقوع الفسخ اتفاقا أو قضاء فلا تتصرف لأحدهما دون الآخر ، كما أن تقرير حق المؤجر فى الفسخ دون تنبيه ليس إلا مجرد إعفاء من الاعذار دون اعفاء من اللجوء الى القضاء فى طلب الفسخ بحكم منشئ له ، وهو أمر بدوره جائز فى حالتى الفسخ الاتفاقى أو القضائى" (1985/10/30 طعن 1952 سنة 54ق – م نقض م – 36 – 963) . وبأنه " لما كان عقد الإيجار ينص فى بنده الرابع على أنه " إذا تأخر الطرف الثانى فى سداد الإيجار فى موعده يصبح هذا العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بغير حاجة الى تنبيه أو إنذر أو اتخاذ اجراءات ويحق للطرف الأول رفع دعوى أمام القضاء المستعجل بفسخ عقد الايجار وطرد المستأجر إذ تعتبر يده فى هذه الحالة يد غاصب " ، فإنه يكون قد تضمن شرطا فاسخا صريحا يسلب القاضى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ولا يبقى له فى اعتبار الفسخ حاصلا فعلا إلا التحقق من حصول المخالفة التى بنى عليها " (1983/1/27 طعن 672 سنة 48ق – م نقض م – 34 – 320) . وبأنه " الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه ، وإذا كانت عبارة الشرط الواردة فى عقد البيع أنه " إذا لم يدفع باقى الثمن فى المدة المحددة به يعتبر لاغيا " ، فإن هذا الشرط لا يعدو أن يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين ، ولما كانت محكمة الموضوع قد رأت فى حدود سلطتها التقديرية ألا تقضى بالفسخ استنادا الى الشرط الفاسخ الضمنى الوارد بالعقد لما تبينته من أن الباقى من الثمن بعد استنزال قيمة العجز فى المبيع قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته فإنها لا تكون قد خالفت القانون " (1973/1/9 طعن 491 لسنة 37ق – م نقض م – 24 – 49 – وبنفس المعنى فى 1978/5/25 طعن 654 لسنة 45ق – م نقض م – 29 – 1328) . وبأنه " يلزم فى الشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير أسباب الفسخ أن تكون صيغته قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له" (1967/4/20 طعن 332 لسنة 33ق – م نقض م – 18 – 859) ، وبأنه " لا يشترط القانون ألفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح ، وعلى ذلك فإن النص فى الاتفاق على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة الى تنبيه أو انذار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه ،

فإذا كانت محكمة الاستئناف قد استخلصت من عبارات العقد أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحريره الى اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه عند إخلال الطاعنين (البائعين) بالتزامهما وبنت هذا الاستخلاص على ما ورد فى العقد من عبارات فسرتها بأنها تفيد الاتفاق على أنه فى حالة تخلفهما عن الوفاء بالتزامهما يصبحان ملتزمين برد ما قبضاه من ثمن المبيع الذى تخلفا عن تسليمه وذلك بدون أى منازعة وبلا حاجة الى تنبيه أو إنذار وهو أثر لا يترتب إلا على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه – وكان لا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فى هذا التفسير مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى أخذت به فإن تكييف الشرط على مقتضى هذا التفسير بأنه شرط صريح فاسخ يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير كفاية أسباب الفسخ – هذا التكييف لا مخالفة فيه للقانون " (1965/10/28 طعن 450 لسنة 30ق – م نقض م – 16 – 943) . وبأنه " القانون لم يشترط ألفاظا معينة للشرط الصريح فى معنى المادة 334 من القانون المدنى (قديم) وعلى ذلك ، فإذا ما أثبت الحكم أن طرفى عقد البيع قد اتفقا على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفى المشترى الثمن فى الميعاد المتفق عليه ، ونصا على أنه عند إخلال المشترى بشروط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه بإعدام هذا العقد ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد الى الشرط الفاسخ الصريح أى اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه فإنه لا يكون قد مسخ مدلول نص العقد لأن عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم نها " (1948/12/23 – م ق م – 127 – 852) . وبأنه " الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه " (1978/5/25 طعن 654 سنة 45ق – م نقض م – 29 – 1328)

يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه (1955/4/14 – م ق م – 129 – 853) . كما قضت بأن " النص فى عقد الصلح على أنه تأخر المدين عن الوفاء بقسط من أقساط الدين حلت باقى الأقساط فورا دون حاجة الى تنبيه أو إنذار رسمى أو غير رسمى ، فضلا عن اعتبار الصلح كأن لم يكن واستعادة الدائن حقه فى التنفيذ بالدين المحكوم به بأكمله ، هذا النص لا يفيد اتفاق الطرفين على اعتبار الصلح مفسوخا من تلقاء نفسه فى حالة التأخر فى دفع أحد الأقساط وإنما كل ما يفيده هو سقوط أجل الوفاء بالأقساط بغير حاجة الى تنبيه

أو إنذار عند التأخر فى دفع قسط منها ، أما النص على اعتبار الصلح كأن لم يكن فى هذه الحالة فليس إلا ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين " (1967/4/20 طعن 332 لسنة 33ق – م نقض م – 18 – 859) . وقضت بأنه مما لا يفيد الشرط الفاسخ الصريح النص فى عقد البيع على أنه إذا ظهر على العين المبيعة ديون مسجلة خلاف ما ذكر بالعقد فإن البائع يلتزم بتعويض مدنى كما يجوز للمشترى ان يفسخ التعاقد بمجرد انذار البائع .. فهو شرط ضمنى فاسخ " (1936/4/2 – م ق م – 118 – 851) ، وكذلك النص على أنه " فى حالة تأخر سداد القسط الأول يحق للبائع فسخ العقد ويكون ما دفعه المشترى حقا مكتسبا للبائع المذكور " (1950/3/23 – م ق م – 119 – 851) ، وكذلك النص على أنه " إذا أخلت المشترية بشروط هذا الصلح أو أحدها فيكون البيع لاغيا " (1950/1/12 – م ق م – 120 – 851) ، وبأنه " متى انتهى الحكم الى اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه فى حين ان الثابت ان العقد لم يتضمن النص على الفسخ بإرادة الدائن ، وإنما نص فقط فى البند الثانى على حلول الأقساط المتفق عليها عند التخلف عن دفع احداهما فى موعده مع استحقاق فائدة بواقع 4% سنويا من تاريخ التخلف حتى السداد ، ومن ثم فلا يترتب على مخالفة هذا البند سوى فسخ العقد بناء على شرط الفاسخ الضمنى المفترض فى العقود الملزمة للجانبين ، ولما كان شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى يختلفان طبيعة وحكما ، وكان الشرط الضمنى لا يستوجب الفسخ حتما بمجرد حصول الاخلال بالالتزام ، إذ هو خاضع لتقدير القاضى ، وللقاضى أن يمهل المدين كما أن للمدين أن يتفادى الفسخ إذا قام بتنفيذ الالتزام قبل صدور الحكم النهائى فإن الحكم المطعون فيه ، إذا استند فى قضائه باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه الى ما ورد بالبند الثانى من العقد ، يكون قد خالف الثابت بالأوراق ومسخ اتفاق الطرفين ، مما يعيبه ويستوجب نقضه " (1970/11/26 طعن 161 لسنة 36ق – م نقض م – 21 – 1181) .

ويجب لأعمال الشرط الفاسخ أن يتمسك به صاحب المصلحة فى تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها :

فقد قضت محكمة النقض بأن : من المقرر أن الشرط الفاسخ الصريح وإن كان يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر ذلك الشرط بعد أن يطالب به الدائن ويتمسك بأعماله باعتبار أن الفسخ قد شرع فى هذه الحالة لمصلحته وحده فلا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها . (1982/11/30 طعن 686 سنة 49ق – م نقض م – 33 – 1099) . وبأنه " أن المطعون ضده إذ ذهب فى عريضة استئنافه الى تعديل طلباته السالفة فى الدعوى الابتدائية بإضافة طلب الحكم بفسخ عقد البيع الابتدائى المؤرخ 1973/1/24 الى طلب إلزام المطعون ضده بمقابل الانتفاع فإن طلب الفسخ يعد طلبا جديدا يبدى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف بما كان يستوجب منها أن تقضى ومن تلقاء نفسها بعدم قبوله أعمالا لنص المادة 235 من قانون المرافعات " (1982/11/30 طعن 686 لسنة 49ق) .

ويقع عبء إثبات الاتفاق على الفسخ الاتفاق على المتمسك به :

وقد قضت محكمة النقض بأن : لا محل للنعى على الحكم بمخالفة القانون بحجة أنه لم يعتد بما اتفق عليه فى عقد البيع من فسخ العقد إذا تخلفت البائعة عن نقل الرخصة متى كان الطاعن لم يقدم عقد البيع لتتبين محكمة النقض ما إذا كان يحوى شرطا فاسخا يحول دون استعمال محكمة الموضوع حقها فى تقدير طلب الفسخ أو يحول بين البائعة وإمكانها الوفاء أو عرض الوفاء بعد رفع دعوى الفسخ . (1952/4/10 – م ق م – 139 – 854)

وقصر الفسخ الاتفاقى على بعض الالتزامات لا يجعله يمتد الى غيرها ولا يحرم الدائن من الحق فى التمسك بالفسخ القضائى بالنسبة الى غيرها كما يجوز الاتفاق على حرمان الطرفين أو أحدهما من التمسك بالفسخ :

وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كان عقد البيع مذكورا فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه ان عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغيا ورأت محكمة الموضوع إن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروما مما يخوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن بل ان هذا الحق ثابت له بنص القانون وباقى له من غير أى اشتراط فى العقد بخصوصه فإن تفسيرها هذا الشرط لا يصح الطعن عليه بأنه مخالفا للعقد الذى هو قانون المتعاقدين لأنه تفسير يحتمله العقد ولا غبار عليه قانونا ، ولكن كان يصح هذا الطعن لو أن العقد كان مذكورا فيه بصفة صريحة أن البائع لا يكون لح حق طلب الفسخ إذا تأخر دفع ما بعد القسط الأول بل يكون له فقط حق تقاضى التأخر مضمونا بما هـ من امتياز على العقار المبيع . (1935/5/2 – م ق م – 136 – 854) .

ويقضى الاتفاق على الشرط الفاسخ فى العقد الى حرمان العاقد من ضمانتين (أ) فالعقد يفسخ حتما دون أن يكون لهذا العاقد ، بل ولا للقاضى خيار بين الفسخ والتنفيذ وإنما يبقى الخيار للدائن بداهة ، (ب) ويقع الفسخ بحكم الاتفاق دون حاجة للتقاضى .. على أن حرمان المدين من هاتين الضمانتين لا يسقط عنه ضمانة أخرى تتمثل فى ضرورة الاعذار ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على عدم لزوم هذا الإجراء أيضا .

شرط قيام الحق بالفسخ :

يشترط لقيام حق الدائن فى الفسخ الشروط الثلاثة اللازم توافرها فى قيام الحق فى الفسخ بصفة عامة ، وهى أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين ، وأن يقع إخلال من المدين فى تنفيذ التزامه مع ملاحظة أن يكون من الالتزامات التى تعلق بها الاتفاق على الفسخ ، وألا يكون الدائن طالب الفسخ مقصرا فى تنفيذ التزامه . (يراجع فى هذه الشروط الفسخ القضائى) .

والشرط الاتفاقى لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فإن كان يحق كاستعمال المدين حقه فى الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ أو كان الدائن هو المتسبب فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه امتنع الفسخ :

وقد قضت محكمة النقض بأن : الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فإن كان من حق المشترى قانونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا ، ولما كان التزام المشترى بدفع الثمن فى عقد البيع يقابله التزام البائع بنقل الملكية الى المشترى ، فإذا وجدت أسباب جدية يخشى معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه كأن يكون غير مالك للعقار المبيع كان من حق المشترى أن يقف التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه ، ولما كان الطاعن قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الاستئناف بحقه فى حبس باقى الثمن نظرا لأن المطعون ضده لم ينفذ التزامه بتسهيل نقل ملكية المبيع إليه إذ امتنع عن تسجيل عقد مشتراه من المالكين الأصليين أو تسليم هذا العقد إليه الأمر الذى يستحيل معه نقل الملكية باسمه مما يتهدده بنزع المبيع من تحت يده إذا ما تصرف فيه ملاكه الأصليين أو المطعون ضده الى الغير بعقد مسجل . (1978/12/20 طعن 469 لسنة 45ق) . وبأنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا تسبب الدائن بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه وجب على القاضى التجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ، ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقا للمادة 157 من القانون المدنى " 1982/5/30 طعن 437 سنة 49ق – م نقض م – 33 – 607) وبأنه " من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الشرط الفاسخ المقرر جزاء عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق ، فإذا كان للمشترى الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه ، وجب على المحكمة التجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ولا يبقى للبائع سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقا لنص المادة 157 من القانون المدنى ، وكانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة أول درجة بوجود عجز فى مساحة أرض التداعى ، وقدمت كشف تحديد مساحى تدليلا على دفاعها ، وهو فى حقيقته دفع بعدم التنفيذ ، ومن ثم فإن هذا الدفاع يعتبر مطروحا على محكمة الاستئناف ترتيبا على الأثر الناقل للاستئناف ، وإذ لم يثبت أنها تنازلت عنه صراحة أو ضمنا ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على تحقق الشرط الفاسخ الصريح وأغفل الرد على هذا الدفاع يعتبر مطروحا على محكمة الاستئناف ترتيبا على الأثر الناقل للاستئناف ، وإذ لم يثبت أنها تنازلت عنه صراحة أو ضمنا ،

وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على تحقق الشرط الفاسخ الصريح وأغفل الرد على هذا الدفاع الذى لو صح لتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون معيبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون " (1990/3/20 طعن 1231 سنة 58ق – م نقض م – 41 – 799) . وبأنه " المقرر فى قذاء هذه المحكمة أن الشرط الفاسخ المقرر جزءا عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فإن كان للمشترى قانونا أن يحبس الثمن عن البائع وجب على المحكمة التجاوز عن شروط الفسخ الاتفاقى " (1989/3/30 طعن 2532 سنة 55ق – م نقض م – 40 – 914) . وبأنه " الشرط الفاسخ المقرر جزاء عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق ، فإن كان للمشترى قانونا أن يحبس الثمن عن البائع وجب على المحكمة التجاوز عن شروط الفسخ الاتفاقى " (1981/4/9 طعن 145 سنة 48ق – م نقض م – 32 – 1085) . وبأنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق ، أما إذا كان من حق المشترى قانونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا ، ولما كان التزام المشترى بدفع الثمن فى عقد البيع يقابله التزام بنقل الملكية الى المشترى فإنه إذا وجدت أسباب جدية يخشى معها أن لا يقوم البائع بتنفيذ التزامه يكون من حق المشترى أن يوقف التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه باتخاذ كل ما يلزم لنقل الملكية ، وذلك عملا بالمادتين 246 ، 428 من القانون المدنى " (1984/11/22 طعن 234 سنة 50ق – م نقض م – 35 – 1877) . وبأنه " المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه إذا تسبب الدائن بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه وجب على القاضى التجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ولا يبقى للدائن سوى الفسخ القضائى طبقا للمادة 157 من القانون المدنى " (1990/12/20 طعن 1616 سنة 60ق – م نقض م – 41 – 974) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء ذاته دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشترى عن سداد أى قسط من أقساط الثمن فى الميعاد – مناطه – تحقق المحكمة من توافر شروطه وموجب أعماله – مؤدى ذلك – التزامها بالتثبيت من انطبقا الشرط على عبارة العقد ومراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون اعماله – تسبب الدائن بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو قيام حقه فى الدفع بعدم التنفيذ – أثره – عدم جواز إعمال شرط الفسخ الاتفاقى " (1995/6/27 طعن 2306 سنة 62ق) . وبأنه " الفاسخ مستندا الى قرار مجلس إدارتها بتأجيل الوفاء بالقسط الأول وتراخيها فى دفع دعوى الفسخ وقبوله الوفاء بالأقساط اللاحقة ، وكان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أعمل أثر الشرط الصريح الفاسخ الوارد فى العقد دون أن يعرض لهذا الدفاع وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور " (1990/2/27 طعن 2368 سنة 57ق – م نقض م – 41 – 633) . وبأنه " إذا كان الثابت من مذكرة الطاعنة المقدمة لمحكمة أول درجة أن مما تتمسك به من أوجه دفاع فى الدعوى الفرعية التى أقامتها عليه المطعون عليها الأولى بطلب فسخ عقد البيع – الذى طلب القضاء بصحته ونفاذه فى الدعوى الأصلية – أن البائعة لم تشترط فى ملحق العقد الذى اتفق فيه على الشرط الصريح الفاسخ أن يكون الوفاء بباقى الثمن فى موطنها فكان لزاما عليها أن تسعى إليه فى موطنه لتطالبه به فى موعد استحقاقه أو أن تعذره بالوفاء به وإذ خلت الأوراق مما يفيد أنها انتقلت إليه فى موطنه لتطالبه بدفع باقى الثمن أو أنذرته بدفعه وأنه امتنع رغم ذلك عن الوفاء به فإن الشرط الصريح الفاسخ لا يكون قد تحقق ، وإذ كانت محكمة الاستئناف قد رأت إلغاء الحكم الابتدائى الذى قضى برفض دعوى الفسخ لمصلحة الطاعن فإنه كان لزاما عليها أن تفصل فى دفاعه المشار إليه والذى لم يتعرض الحكم الابتدائى لبحثه اكتفاء بما قبله من أوجه دفاع أخرى مادام لم يثبت نزول الطاعن عنه صراحة أو ضمنا ولا يبين ذلك من مدونات الحكم المطعون فيه ، وهى إذ لم تفعل رغم كونه دفاعا جوهريا فقد يتغير بتحقيقه وجه الرأى فى الحكم فى الدعوى فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور " (1987/12/21 طعن 154 لسنة 48ق – م نقض م – 29 – 1998) .

ويجب الاعذار قبل التمسك بالاعذار الاتفاقى وهذا فى حالة عدم الاتفاق على الاعفاء منه:

وقد قضت محكمة النقض بأن : المادة 334 من القانون المدنى (قديم) تقتضى أنه إذا اشترط الفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم الثمن كان على القاضى ايقاع الفسخ على المشترى إذا لم يدفع الثمن بعد اعذاره بإنذار ما لم يعفى البائع بمقتضى العقد من هذا الاعذار ، ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشترى بإنذاره ألا يكلفه الوفاء فإذا لم يدفع كان البائع فى حل من اعمال خياره فى الفسخ وإذن فباطل زعم المشترى أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلا من البائع ، فإن ذلك الإنذار واجب قانونا لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح . (1948/12/23 طعن 106 لسنة 17ق – م ق م – 133 – 853) .

ولا يجب إعمال الاعذار إذا تبين تنازل الدائن عنه صراحة أو ضمنا :

وقد قضت محكمة النقض بأن : المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا فإنه يلزم حتى يفسخ العقد بقوته أن يثبت قيامه وعدم العدول عن إعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه ، فإن كان وقوع الفسخ مرتبطا بالتأخير فى سداد قسط من الثمن فى الموعد المحدد له وتبين أن البائع قد أسقط حقه فى استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير فى سداد أقساط الثمن فى مواعيدها بقبوله السداد بعد تلك المواعيد أو بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد منبئا بذلك عن تنازله عن اعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن تمسكه بهذا الشرط بعد ذلك لا يكون مقبولا ، ولا يبقى له – عند التأخير فى سداد ما تبقى من أقساط الثمن – سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقا للمادة 157 من القانون المدنى ، وفى هذه الحالة يكون أمر الفسخ خاضعا لتقدير محكمة الموضوع ويشترط للقضاء به أن يظل المشترى متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم فى الدعوى . (1994/6/22 طعن 2311 سنة 59ق) ، وبأنه " إذ كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهما الأولين قد قبلا بعد صدور الحكم الابتدائى وفاء الطاعن لباقى الثمن فى 1990/1/13 نيابة عن المطعون ضده الثالث دون تحفظ وتمسك الطاعن بأن قبول الجهة الإدارية لذلك الوفاء مسقط لحقها فى طلب الفسخ فإن الحكم المطعون فيه

إذ أيد قضاء الحكم الابتدائى للمطعون ضدهما الأولين بفسخ البيع وبطلان التنازل على سند من أن قيام الطاعن بسداد باقى الثمن للجهة الإدارية المالكية لا يغير ما انتهى إليه لتحقق الشرط الصريح الفاسخ وزوال البيع بأثر رجعى فإنه يكون قد خالف القانون فى تطبيقه " (1999/7/5 طعن 4609 سنة 61ق – وبنفس المعنى 1993/4/14 طعن 2162 سنة 62ق – م نقض م – 44 – 117) . وبأنه " دفاع الطاعن بأن المطعون عليها لا تتمسك بفسخ العقد وإنما تبغى تنفيذه بموافقتها له على زيادة فترة التقسيط – قضاء الحكم المطعون عليه بالفسخ على قالة تحقق الشرط الفاسخ دون الرد على دفاعه هذا قصور " (1997/11/30 طعن 4947 سنة 61ق) . وبأنه " إذا تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا فإنه يلزم حتى يفسخ العقد بقوته أن يثبت قيامه وعدم العدول عن اعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه ، فإن كان وقوع الفسخ مرتبطا بالتأخير فى سداد باقى الثمن فى الموعد المحدد له وتبين أن البائع أسقط حقه فى استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير فى سداد باقى الثمن فى موعده بقبول السداد بعد هذا الموعد منبئا بذلك عن تنازله عن اعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن تمسكه بهذا الشرط من بعد ذلك لا يكون مقبولا " (1982/6/ – طعن 816 سنة 49ق – م نقض م – 33 – 651) . وبأنه " إذا تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا فإنه يلزم حتى ينفسخ العقد بقوته أن يثبت قيامه وعدم العدول عن اعماله وتحقيق الشرط الموجب لسريانه فإن كان الفسخ مرتبطا بالتأخير فى سداد قسط من الثمن فى الموعد المحدد له وتبين أن البائع قد سقط حقه فى استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير فى سداد أقساط الثمن فى مواعيدها بقبوله السداد بعد تلك المواعيد منبئا بذلك عن تنازله عن اعمال الشرط الصريح الفاسخ فلا يكون له عند تأخير السداد فى المستقبل إلا المطالبة بالفسخ القضائى " (1978/4/19 لسنة 47ق – م نقض م – 29 – 1028) . وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الشرط الفاسخ الصريح وإن كان يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب اعماله ذلك أن للقاضى – عند التحقق من قيامه – مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون اعماله فإذا تبين له أن الدائن قد أسقط حقه فى طلب الفسخ صراحة أو ضمنا وجب عليه أن يتجاوز عن هذا الشرط . لما كان ذلك ،

وكان الطاعن قد تمسك بمذكرته المقدمة بجلسة 1994/10/26 أمام محكمة الموضوع بأن الهيئة المطعون ضدها تنازلت ضمنا عن الشرط الصريح الفاسخ بطلبها فى الانذارين المعلنين له فى 1993/1/21 ، 1993/7/7 وفى المحضر 1439 لسنة 1993 إدارى ، المناخ إعادة الحال الى ما كان عليه دون التمسك بالشرط الفاسخ الصريح فإنها بذلك اختارت تنفيذ العقد دون فسخه ، وقد طلب نب خبير لتحديد قيمة أقساط ثمن الوحدة السكنية محل النزاع لتوقى الفسخ ، وكان الحكم المطعون فيه الذى أيد الحكم الابتدائى فد أعمل أثر الشرط الصريح الفاسخ الوارد بالعقد دون أن يعرض للظروف أو الاعتبارات التى ساقها الطاعن على النحو المتقدم للتدليل على نزول الهيئة – المطعون ضدها – عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح رغم أنه دفاع جوهرى – قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون قد خالف القانون وشابه قصور فى التسبيب بما يوجب نقضه " (1997/6/24 طعن 2372 سنة 66ق) . وبأنه " ق على الشرط الصريح الفاسخ فى عقد البيع عند التأخير فى الوفاء بباقى الثمن – قبول البائع للوفاء المتأخر – اعتباره تناولا منه من اعمال هذا الشرط – تمسكه بالشرط من بعد – غير مقبول – اقتصار حقه عن التمسك بالفسخ القضائى " (1995/11/30 طعن 5586 سنة 64ق) ، وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن النزول عن الحق المسقط له كما يكون بالقول يكون بأى عمل أو إجراء دال بذاته على ترك الحق دلالة لا تحتمل الشك " (1994/6/22 طعن 2311 سنة 59ق – م نقض م – 45 – 1092) .

ومجرد الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أم حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط دون حاجة لرفع دعوى بالفسخ :

وقد قضت محكمة النقض بأن: متى كان الطرفان قد اتفقا فى عقد البيع على أن يقع الفسخ فى حالة تأخر المشترى عن دفع باقي الثمن فى الميعاد المتفق عليه بدون حاجة التنبيه رسمي أو غير رسمي فان العقد ينفسخ بمجرد التأخير عملا بالمادة 334 مدنى ولا يلزم أذن أن يصدر حكم بالفسخ مستقل بناء على دعوى من البائع بل يجوز للمحكمة أن تقرر بأنه حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشترى " (1943/5/13 – م ق م – 128 – 852)

وبأنه " الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط ، دون حاجة لرفع دعوى بالفسخ . وإذ كان عقد الإيجار الأصلي قد تضمن فى بنده السادس أنه " إذا تأخر المستأجر عن سداد أى قسط فى موعده ، تستحق باقي الأقساط فورا ، ويصبح العقد مفسوخا بقوة القانون وبدون حاجة إلى تنبيه أو إنذار ويحق للمؤجر ان يتسلم العين المؤجرة دون حاجه الى رفع دعوى بالفسخ وكان الثابت ان المطعون ضده الأول ـ المستأجر الاصلى ـ لم يقم بتنفيذ التزامه بدفع الأجرة منذ وقع الحريق بالعين المؤجرة .. فإن الشرط المنصوص عليه فى البند السادس من العقد يكون قد تحقق ويكون عقد الإيجار الاصلى قد انفسخ دون حاجه الى رفع دعوة بالفسخ وبالتالي يكون الحكم المطعون فيه إذ قضى على الشركة الطاعنة ـ المؤجرة للمطعون ضده الأول فى الدعوى الأصلية بتمكينه من العين المؤجرة وقضى عليها للمطعون ضده الثانى ـ المستأجر من الباطن ـ بالتعويض الموجز وقضى عليها للمطعون ضده الثانى ـ المستأجر من الباطن ـ بالتعويض فى الدعوى الفرعية قد خالف القانون المستأجر واخطا فى تطبيقه " (1975/3/12 طعون 601 ، 613 ، 614 لسنه 39 ق ـ م نقض م ـ 26 ـ 568)

ولا ينفى عنه طبيعته ان يكون التمسك به جائزا للدائن وحده إذ يبقى له دائما الخيار بين أعمال أثرة وبين المطالبة بالتنفيذ العيني :

وقد قضت محكمة النقض بان : إذا كان العقد مشروطا فيه انه إذا خالف المستأجر أي شرط من شروطه فالمؤجر اعتبار العقد مفسوخا بمجرد حصول هذه المخالفة بدون احتياج الى تنبيه رسمي أو تكليف بالوفاء وله الحق فى تسليم العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضى الأمور المستعجلة فهذا شرط فاسخ صريح يسلب القاضى كل سلطه تقديرية فى صدد الفسخ ولا يبقى له فى اعتبار الفسخ حاصلا فعلا ألا ان يتحقق من حصول المخالفة التى يترتب عليها ولا يوثر فى مدلول هذا الشرط و أثرة القانوني ان يكون التمسك به من حق المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتصاره على طلب الأجرة فى دعوة سابقه هو قول مردود لان التنازل الضمني عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج ألا من افعل لا يشك فى انه قصد بها التنازل عنه وليس فى المطالبة بالأجرة ما يدل على ذلك إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التى يترتب الفسخ على التأخر فى دفعها (1945/1/18 ـ م ق م ـ 130 ـ 853)

الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجه الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى حدود الفسخ إلا أن ذلك أن القاضى الرقابة التامة للتثبيت من انطباق الشرط على عبارة العقد كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبه الظروف الخارجية التى تحول دون أعماله ، ولا يستطيع المشترى أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد أقامه دعوى الفسخ عليه :

وقد قضت محكمه النقض بان : لا يجوز اعتبار العقد مفسوخا أعمالا للشرط الفاسخ الصريح الوارد به ألا إذ ثبت للقاضى حصول المخالفة التى يترتب عليها الانفساخ ولما كانت الدعوى قد رفعت للحكم بانفساخ عقدين مختلفين استناد الى تحقق الشرط الفاسخ الصريح المنصوص عليه فى كل منهما فانه لا يصلح الحكم بانفساخ العقدين ألا إذا تحقق الشرط بالنسبة لكل منهما ولا يكفى تحققه فى أحد بانفساخ العقدين ألا إذا تحقق الشرط بالنسبة لكل منهما ولا يكفى تحققه فى أحد العقدين للحكم بانفساخ العقد الأخر وإنما يقتصر الانفساخ فى هذه الحالة على العقد الذى تحقق فيه الشرط وإذا كان الحكم المطعون فيه قام قضاءه بتحقق الشرط الفاسخ الصريح المنصوص عليه فى كل من عقدي البيع الصادرين من المطعون عليهم للطاعن على أن المبالغ المسددة من الطاعن المشترى و مقدارها 8050 جنيها بخلاف مقدم الثمن لا تفي بقيمه الأقساط الباقية فى ذمته بمقتضى العقدين ومجموعها 14370 جنيها دون بحث للمبالغ المسددة من الثمن فى ذمته المتفق عليه فى كل عقد على حدة والتعرف على ما إذا كانت هذه المبالغ تكفى للوفاء بهذه الباقي فان الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (1979/5/17 الطعن 79 لسنه 43 ق ـ م نقض م ـ 30 العدد الثانى 365) وبأنه " الشرط الوارد فى عقد الإيجار بان التأخر فى الوفاء بالأجرة فى موعدها المحدد يؤدى الى اعتبار العقد مفسوخا بحكم القانون هذا الشرط لا يمنع المستأجر من المنازعة فى تحقق ومن حق المحكمة أن تمحص دفاعه لتحقق مما إذا كانت المخالفة الموجبة للفسخ قد وقعت فتقضى بموجبه أم غير ذلك وأذن فمتى كانت المحكمة قد قررت أن الفسخ المنصوص فى العقد على وقوعه بمجرد حصول مخالفه لشروط يحتاج إلى حكم يقرر وقوع المخالفة ويثبت مسؤولية المتعاقد عنها وكان تقرير المحكمة فى هذا الخصوص مقصورا على النزاع الخاص بتحقق الشرط الفاسخ

فأنها لا تكون فى تقريرها المشار إليه قد خالفه ويثبت مسؤولية المتعاقد عنها وكان تقرير المحكمة فى هذا الخصوص فى العقد مقصورا على النزاع الخاص بتحقق الشرط الفاسخ فأنها لا تكون فى تقريرها المشار إليه قد خالفت القانون "(1952/2/26 ـ م ق م ـ 853) ، وبأنه "لما كان الطاعن قد تمسك إمام محكمه الاستئناف بالدفاع الوارد بسبب النعى وكان البيت من مطالعه البند السابع من عقد البيع موضوع التداعي انه إذا تأخر الطرف الثانى الطاعن فى سداد قسطين متتالين من أقساط الثمن المتفق عليها يحل باقي الثمن جميعه ويحق للطرف الأول ـ المطعون عليها فيه قد أقم قضاءه على سند من تكيفه على أساسه اعتبره العقد مفسوخا وجوبا على قاله تحققه دون أن يعرض لما تمسك به الطاعن من دفاع فى هذا الخصوص ولم يتناوله ليناقشه ويرد به وجه الرأي فى الدعوى فانه يكون معيبا " (1997/11/30 طعن 4947 سنة 61ق) وبأنه "الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجه الى تنبيه أو إنذار عند تخلف المشترى عن سداد أي قسط هذه المحكمة أن يسلب القاضى كل سلطة" (1981/11/18 طعن 388 سنه 48 ق ـ م نقض م ـ 32 ـ 2052) وبأنه " إذا كان العقد مفاد نص المادة 158 من القانون المدنى انه إذا اتفق الطرفان على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجه الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه من شانه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقيق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب أعماله ذلك أن للقاضى الرقابة التامة للتثبيت من انطباق الشرط على عبارة العقد كما أن له التحقق من قيامه مراقبه التامة الظروف الخارجية التى تحول دون العمالة " (1981/4/9 طعن 145 سنه 48 ق ـ م نقض م ـ 1085) وبأنه " ثبوت واقعة النزول عن الايجارة دون أذن يحتم على المحكمة أن تقضى بفسخ الإيجار و إخلاء المكان دون أن يكون لها سلطة تقديريه لان الحق المؤجر فى الإخلاء ينشا بمجرد وقوع المخالفة فالحكم بالفسخ هنا مطلق تقع نتيجته بمجرد قيام سببه " (1979/2/28 طعن 674 سنه 46 ق ـ م نقض م ـ 30 648) وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه متى كان المتعاقدين قد اتفقا فى عقد البيع على أن يكون مفسوخا فى حاله تأخر المشترى عن دفع باقي الثمن فى الميعاد المتفق عليه من تلقاء نفسه دون حاجه الى تنبيه أو إنذار أو حكم من القضاء فان العقد ينفسخ بمجرد التأخير عملا بنص المادة 158 من القانون المدنى

ولا يلزم أن يصدر حكم بالفسخ كما لا ينال من إعمال أثره أن يكون لصاحبه الخيار بينه وبين التنفيذ العيني إذا يبقى له دائما الخيار بين أعمال أثره وبين المطالبة بهذا التنفيذ (1994/5/11 طعن 2259 سنه 59 ق ـ م نقض م - 45 ـ 818) وبأنه " المقرر ـ فى قضاء هذه المحكمة ـ انه وان كان الاتفاق على عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشترى عن سداد أي قسط من أقساط باقي الثمن فى ميعاد من شأنه أن يسلب القاضى من كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ إلا أن للقاضى الرقابة التامة للتثبيت من انطباق الشرط على عبارة العقد ويترتب على ذلك انه متى كان مبنى الفسخ التأخير فى سداد قسط من الثمن فى الموعد المحدد له فانه يتعين على القاضى التحقق من قيام هذا الشرط ومن بين ذلك التثبيت من اتفاق العاقدين على قيمه كل قسط وما حل اجل سداه (1999/5/23 طعن 4791 سنه 67 ق) وبأنه " تضمين عقد البيع من المحكمة الحسبية ـ تقديم الطاعن المشترى صورة رسميه من الأذن الى محكمه أول درجه رفض الأخير طلب عقد البيع استئناف المطعون ضدهم المشترى الثانى هذا الحكم أثره ـ التزام محكمه الاستئناف بالفصل فى دفاع الطاعن المتمثل فى صدور الأذن بالبيع قضاؤها بالفسخ بغير بحث ولا رد يشهد بالتفاتها الى هذا الدفاع الجوهري ووزنها إياه ـ قصور (1998/3/12 طعن 49 سنه 62 ق)وبأنه" المقرر فى قضاء محكمه النقض ـ أن الاتفاق على يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجه إلى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط دون حاجه لرفع دعوى بالفسخ دعوى بالفسخ أو صدور حكم به فإذا لجا الدائن الى القضاء فان حكمه يكون مقرا للفسخ ولا يملك معه القاضى إمهال المدين لتنفيذ التزامه ولا يستطيع المدين أن يتفادى الفسخ بسداد المستحق عليه بعد أقامه أن تكون صيغه هذا القانون صريحة الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجه الى تنبيه أو إنذار لما كان ذلك وكانت قاعدة الفسخ المتقدمة والواردة فى المادتين 157، 158 من القانون المدنى غير أمره تسرى على العقود الملزمة للجانبين ومنها عقود الإيجار التى تخضع لاحكام القانون المدنى ويخرج عن نطاق تطبيقها قوانين الإيجارات الاستثنائية (1993/5/13 طعن 3294 سنه 58 ق م نقض ـ 44 العدد الثانى ـ 395)

"وبأنه لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه ضدهما على القول بان تأسيسه دعواه على سند من أن المستأنف عليهما المطعون ضدهما قد تأخرا فى سداد الإيجار وقدره بواقع شهريا عن المدة من الى فمردود بأن المستأجرين قد عرضا عليه أمام محكمه أول درجه هذا المبلغ بما يبرى ذمتهما ولكنه تقاعس عن استلام المبلغ ورفض قبوله دون مبرر ومن ثم فإن هذا السبب يكون على غير أساس فانه يكون قد اعتبر مجرد عرض الأجرة بعد انقضاء ميعادها المحدد فى العقد موجبا لرفض الدعوى مع أن الفسخ متى وقع بمقتضى شرط العقد فان عرض الأجرة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انفساخه وبما يدل على أن الحكم لم يتفهم شرط العقد وصرفه ذلك عن أعمال مقتضى هذا الشرط على وجهه الصحيح وهو ما يشوبه فضلا عن الخطأ فى تطبيق القانون بالقصور فى التسبيب" (1983/1/7 طعن 672 سنه 48 ق ـ م نقض م ـ 34 ـ 320) وبأنه " لن كان الاتفاق على يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجه الى تنبيه أو إنذار عند الخلال بالالتزامات الناشئة عنه من شانه أن يسلب القاضى كل سلطه تقديرية فى صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ شروط الاتفاقى ووجوب أعماله ذلك أن للقاضى الرقاب التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبه الظروف الخارجية التى تحول دون أعمال فان تبين له أن الدائن قد اسقط خيارة فى طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إدارة فسخ العقد أو كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعا بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حاله توافر شروطه تجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقا المادة 157 من القانون المدنى (1970/11/26 طعن 161 لسنه 36 ق ـ م نقض م ـ 21 ـ 1181)

وقضت أيضا بان : متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بإقرار فسخ عقد المقاولة أقام قضاءه على ما ثبت للمحكمة من أن المقاول قد عجز عن السير بالعمل سيرا مرضيا فحق للحكومة فسخ العقد استنادا الى نص صريح فيه يخولها هذا الحق فان هذا الذى استند إليه الحكم يكفى لحمله ولا يضره ما ورد فيه من تقريرات خاطئة أخرى (1954/4/22 ـ م ق م ـ 157 ـ 857)وبأنه " متى كانت المحكمة قد انتهت الى وجود شرط فاسخ صريح فأنها تكون وعلى ما جرى به قضاء محكمه النقض قد سلبت نفسها كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ولا يبقى لها للحكم باعتبار الفسخ حاصلا فعلا إلا أن تتحقق من حصوله المخالفة الموجبة له وإذ تحققت المحكمة فى ضوء الوقائـع السابقة على رفع الدعوى من أن المدين لم ينفذ التزامه وحكمت بالفسخ دون أن تعطى المشترى مهله أثناء للوفاء بالتزامات فأنها تكون قد التزمت صحيح القانون (1968/12/10 طعن 505 لسنه 34 ق ـ م نقض ـ 19 ـ 1504) وبأنه "مؤدى نص المادة 334 من القانون المدنى القديم انه إذا اتفق الطرفان فى عقد البيع على أن الفسخ يقع فى حاله تأخر المشترى عن دفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه بدون حاجه الى تنبيه رسمي أو إنذار فان هذا الشرط الفاسخ الصريح على ما جرى به قضاء محكمة النقض يسلب محكمه الموضوع كل سلطه تقديرية فى هذا الصدد بحيث لا يبقى لاعتبار العقد مفسوخا إلا أن تتحقق فعلا المخالفة التى يترتب عليها الفسخ فلا يلزم أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع بل يجوز للمحكمة أن تقرر أن الفسخ قد حصل بالفعل بناء على دفع من البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشترى وذلك على خلاف ما إذ كان العقد لا يتضمن ألا شرطا فاسخا ضمنيا فهذا الشرط لا يستوجب الفسخ حتما وبالتالي فان الفسخ بموجبه لا يقع تلقائيا (1966/10/18) طعن 37 لسنه 32 ق ـ م نقض م ـ 17 ـ 1536) وبأنه " وان كان الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشترى عن سداد أي قسط من أقساط باقي الثمن فى ميعاده من شانه أن يسلب القاضى كل سلطه تقديرية فى صدد الفسخ ألا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب أعماله ذلك أن للقاضى الرقاب التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبه الظروف الخارجية التى تحول دون أعماله فان تبين له أن الدائن قد اسقط حقه فى طلب الفسخ بقبوله للوفاء بطريقه تتعارض مع إرادة فسخ العقد

أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعا بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حاله توافر شروطه وجب عليه أن يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقا للمادة 157 من القانون المدنى وإذا كان الطاعن قد تمسك بنزول المطعون ضدهن عن الشرط الصريح الفاسخ مستندا الى تنبيههن عليه بالإنذار المعلن إليه فى 1967/7/18 بالوفاء بباقي الثمن رغم فوات مواعيد استحقاقه ألا اعتبرن العقد لاغيا دون التمسك فى الإنذار بالشرط الفاسخ الصريح الوارد فى العقد والى تراخيهن فى رفع دعوى الفسخ مدة طويلة بعد الإنذار المعلن للطاعن فى 1967/7/18 وحتى 1969/8/72 تاريخ رفع الدعوى وكان الحكم المطعون فيه الذى ابد الحكم الابتدائي لاسبابه قد اعمل اثر الشرط الصريح الفاسخ الوارد فى العقد دون أن يعرض لظروف والاعتبارات التى ساقها الطاعن على النحو المتقدم للتدليل على نزول المطعون ضدهن عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي فى الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور (1975/4/9 طعن لسنه 40 ق ـ م نقض م ـ 26ـ 787)وبأنه " الشرط الفاسخ الصريح ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يسلب محكمه الموضوع كل سلطه تقديرية فى هذا الصدد بحيث لا يبقى لاعتبار العقد مفسوخا إلا أن يتحقق فعلا السبب الذى يترتب عليه الفسخ قد حصل بالفعل بناء على دفع من أحد طرفي العقد أثناء نظر الدعوى المرفوعة من الطرف الأخر وكان الطاعن لا يجادل فى أن القرار الجمهوري بتعيينه أ و الذى نص فى عقد العمل على أن يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه إذا لم يصدر هذا القار لم يصدر كما انه لم ينسب الى الشركة المطعون ضدها أنها لم تتخذ إجراءات طلب استصدار فان الحكم المطعون فيه إذا خلص الى انه وقد فسخ العقد المبرم بين الطاعن والمطعون ضدها فليس ثمة مجال لاعمال القاعدة المنصوص و عليها فى المادة 57 من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنه 1959 يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا 1978/2/18 طعن 656 لسنه 43 ق لئن كان الاتفاق على ان يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشترى عن سداد أقساط باقي الثمن فى مواعيدها من شانه ان يسلب القاضى من كل سلطه تقديرية فى صدد الفسخ ألا ان ذلك منوط بتحقق المحكمه من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب أعماله إذ للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشروط على عبارة العقد

كما ان له عند التحقيق من قيامه مراقبه الظروف الخارجية التى من شانها ان تحول دون العمالة فان تبين له ان الدائن قد اسقط حقه فى طلب الفسخ قبوله الوافي بطريقه تتعارض مع أداره فسخ العقد وعلى نحو يكشف عن الرغبة فى تنفيذه وجب عليه يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقا للمادة 157 من القانون المدنى (1997/11/30 طعن 4947 سنه 61 ق) وبأنه " طلب المطعون ضدها الأولي رفض الدعوى تأسيسا على ان عقد التنازل الصادر منها الى الطاعن قد انفسخ أعمالا للشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه بينهما لا يعتبر منها ـ بوصفها مدعى عليها طلبا عارضا بل فى دفع موضوعي يدخل فى نطاق المناضلة فى الدعوى لان فسخ العقد بحكم الشرط الفاسخ الصريح يقع حتما بمجرد إخلال المدين بالالتزام الذى يترتب عليه الفسخ ولا يقتضي رفع دعوى لطلبه أو صدور حكم به ويكفى ان يتمسك به الدائن فى مواجهه المدين وللمحكمة أن تقرر انه حصل بالفعل بناء على رفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشترى (1982/5/23 طعن 1432 سنه 48 ق ـ م نقض م ـ 33 ـ 566) وبأنه " الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجه الى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط بغير حاجه لرفع دعوى الفسخ ولا يمكن القاضى فى هذه الحالة سلطه تقديرية يستطيع معها إمهال المشترى المتخلف عن أداء الثمن ولا يستطيع المشترى أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد أقمه دعوى الفسخ عليه "(1989/6/28 طعن 703 سنه 56 ق ـ م نقض ـ 40ـ 720) وبأنه" المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الشرط الفاسخ الصريح يسلب القاضى سلطته التقديرية فى صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب أعماله إذا للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشروط على عبارة العقد كما له عدد التحقق من قيامه مراقبه الظروف الخارجية التى تحول دون أعماله "(1991/2/27 طعنان 2069 سنه 57 ق 239 سنه 58 ق ـ ق م نقض م ـ 611)

واستثناء من القاعدة السابقة فيجب التكليف بالوفاء قيل رفع دعوى الإخلاء حتى لو كان منصوص على الفسخ الاتفاق دون إنذار وأقامه دعوى ذلك لان نص المادتين 157 ، 158 مدنى غيرا مره بخرج نطاق تطبيقها قوانين الإيجارات الاستثنائية الآمرة :

وفقد قضت محكمه النقض بان :انه وان كان مما تجيزه الأحكام العامة فى القانون المدنى أعمالا لمبدأ سلطان الإرادة وعلى ما نصت عليه المادة 158 من ذلك القانون الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجه الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه مما مؤداه وقوع الفسخ فى هذه الحالة نفاذا لذلك الاتفاق بقوة القانون وحرمان المتعاقد بذلك وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة و أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون من ضمانيتين إذا يقع الفسخ حتما دون أن يكون للقاضى خيار فى أمره بل ويتحقق ذلك دون حاجه التقاضي ما لم ينازع المدين فى وقوع موجب الفسخ وان كانت مهمة القاضى تقف فى هذه الحالة عند حد التحقق من عدم الوفاء بالالتزامات ليقرر اعتبار الفسخ حاصلا فعلا انه وان كان ذلك قائما فى العقود الملزمة للجانبين وفقا للإحكام العامة فى القانون المدنى إلا انه تحقيقا للتوازن بين أوضاع المؤجرين والمستأجر الأماكن التى تسرى عليها القوانين الاستثنائية المنظمة للإيجار رأى المشرع التدخل بحكم أمر فى حربه المؤجر فى النص فى العقد على الشرط الفاسخ الصريح فى حاله التأخر فى سداد الأجرة فنص فى المادة 23 من القانون رقم 52 لسنه 1969 فى شأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين على انه فى غير الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين على انه فى غير الأماكن المؤجرة مفروشة لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان واو انتهت المدة المتفق عليها فى العقد ألا أحد الأسباب الاتيه : أ إذا لم يقم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة عليها فى العقد ألا أحد الأسباب الآتية أ) إذا لم يقم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة خلال خمسه عشر يوما من تاريخ تكليفه بذلك على انه لا يحكم بالإخلاء إذ قام المستأجر بأداء الأجرة وفوائدها والمصاريف الرسمية وذلك قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى فدل بذلك على انه وان أورد عليه قيودا منها ما يتصل بعدم أعمال الأثر الفوري بالأجرة خلال مده معينه ومنها ما يتعلق بتفادي الأثر المترتب على الاتفاق وذلك بما أجازه للمستأجر من توقى إخلاء بأداء الأجرة وفوائدها والمصاريف قبل أقفال باب المرافعة فى الدعوى وعلى ذلك فانه إذا ما قام المؤجر بواجبه ولم يستعمل المستأجر الرخصة المخولة له تحققت للشرط الصريح الفاسخ أثاره (1979/6/30 الطعن رقم 702 سنه 46 ق ـ م نقض م ـ 30 العدد الثانى ـ 792)

يتعين لاعمال الشرط الفاسخ الصريح الوارد فى عقد الإيجار ألا يتعارض مع نص قانوني أمر فإذا ما وقع التعارض بينهما بطل الشرط فيما لا يوافق حكم لنص وترتيبا على ذلك فان اثر الشرط الفاسخ الصريح اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه الخلال المستأجر بالتزام دفع الأجرة لا يعمل به إذا لم يقم المؤجر بما أوجبه نص المادة 18/ب من القانون رقم 136 لسنه 1981 من تكليف المستأجر بالوفاء بها على النحو المبين به خلال الموعد الذى حدده سواء كانت الدعوى مرفوعة الى القضاء الى القضاء الموضوعي أو المستعجل (1994/6/19 طعن 1653 سنه 60 ق ـ م نقض م ـ 45 ـ 1058 وبان المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن الحكم الذى يصدر من القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين المؤجرة للتأخير فلها أن تعيده الى العين المؤجرة إذا ما أو فى الأجرة المستحقة عليه والمصاريف والنفقات الفعلية الى المؤجر لا يقيد محكمه الموضوع إذا ما طرح لنزاع أمامها من المستأجر فلها ان تعيده الى العين المؤجر إذا ما أو فى الأجرة المستحقة عليه والمصاريف والنفقات الفعلية الى المؤجر قبل إقفال باب المرافعة بحسبان أن القضاء المستعجل يفق عند حد اتخاذ إجراء وقتي مبناه ظاهر الأوراق ولا يمس اصل الحق ولا يغير من ذلك النص فى الفقرة الثانية من المادة 18/ب من القانون رقم 136 لسنه 1981 على عدم تنفيذ حكم القضاء المستعجل الأجرة والمصاريف والأتعاب عند تنفيذ الحكم إذ قصارى ما تهدف إليه هو إعطاء هذه الفرصة للمستأجر لتوقى التنفيذ دون أن تضع شرطا بان يتم السداد قبل التنفيذ لاعمال حكم الفقرة الأولى من هذه المادة بتوقي الحكم بالخلاء بسداد الأجرة وملحقاتها قبل أقفال باب المرافعة فى الدعوى أمام محكمه الموضوع كما لا ينال من ذلك الاتفاق على وقوع الفسخ عند التخلف عن سداد الأجرة لمخالفه ذلك لنص أمر متعلق بالنظام العام فى قانون إيجار الأماكن " (1993/1/17 طعن 831 سنه 58 ق ـ م نقض م ـ 44 ـ 228) وبأنه " المقرر فى قضاء محكمة النقض أن الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجه الى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط دون حاجه لرفع دعوى بالفسخ إذا يقع هذا الفسخ الاتفاقى بمجرد إعلان الدائن رغبته فى ذلك دون حاجه ألا رفع دعوى بالفسخ أو صدور حكم به فإذا ما لجا الدائن الى القضاء فان حكمه يكون مقرا للفسخ ولا يملك معه القاضى إمهال المدين لتنفيذ التزامه

ولا يستطيع المدين أن يتفادى الفسخ بسداد المستحق عليه بعد أقامه دعوى الفسخ إذا ليس من شان هذا السداد أن يعيد العقد بعد انفساخه ألا انه يتعين أن يكون صيغه هذا الاتفاق صريحة الدلال على وقوع الفسخ عنه تحققه بلا حاجه الى تنبيه أو إنذار ولما كان ذلك وكانت قاعدة الفسخ المتقدمة الواردة فى المادتين 157 ، 158 من القانون المدنى غير أمره تسرى على العقود الملزمة للجانبين ومنها عقود الإيجار التى تخضع لاحكام القانون المدنى ويخرج عن نطاق تطبيقها قوانين الإيجارات الاستثنائية " (1993/5/13 طعن 3294 سنه 58 ق ـ م نقض م ـ 44 الجزء الثانى ـ 395) النص فى المادتين 16.18 من القانون رقم 136 لسنه 1981 يدل على أن المشرع لم يصادر حق المتعاقدين فى الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح فى عقد الإيجار ألا انه أورد عليه قيودا منها ما يتعلق بعدم إعمال أثره الفوري بما أوجبه على المؤجر إذا كان فعل الإساءة فى استعمال العين المؤجرة من شأنه الإضرار بسلامه المبنى أن يثبت المؤجرة هذا الفعل بحكم قضائي نهائي فان خلت منه الدعوى فان الشرط لا يحقق أثاره وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واستند فى قضائه بإخلاء الى ما خلص إليه من تقرير الخبير فى الدعويين رقمي 3768 لسنه 1984 مدنى شمال القاهرة الابتدائية 151 لسنه 1984 مستعجل جزئي القاهرة من توافر موجب أعمال الشرط الصريح الفاسخ الوارد بعقد الإيجار حال ان الأوراق قد خلت مما يدل على صدور حكم قضائي نهائي بثبوت إساءة استعمال العين محل النزاع على وجه ضار بسلامه المبنى ولم يتحدى المطعون عليهن بذلك فانه سكون قد خالف القانون" (1992/11/18 طعناه 4449 ، 4515 سنه 61 ق ـ م نقض ـ 43 ـ 1161) وبأنه " الدعوى التى يقيمها المؤجر بفسخ عقد الإيجار وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هى دعوى بإخلاء العين المؤجرة ويعتبر طلب الإخلاء مندمجا فى طلب الفسخ واثر حتمي للقضاء به وانه ولئن كانت القواعد العامة فى القانون المدنى أعمالا لمبد سلطان الإرادة وفقا لما نصت عليه المادة 158 منه ـ تجيز فى العقود الملزمة للجانبين الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجه الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بما يؤدى الى وقوع الفسخ فى هذه الحالة نفاذا لذلك الاتفاق بقوة القانون ودون أن يكون للقاضى خيار فى أمره ألا انه تحقيقا للتوازن بين أوضاع المؤجرين والمستأجرين الأماكن التى تسرى عليها أحكام التشريعات الاستثنائية المنظمة الإيجار رأي المشرع التدخل بتعين أسباب الإخلاء بأحكام أمره متعلقة بالنظام العام أوردها على سيبل الحصر فى تلك التشريعات مما مفاده ان المشرع لم يصادر حق المتعاقدين فى الاتفاق على الشرط الصريح الفاسخ فى عقد الإيجار ألا إذا تعارض مع القواعد الإمرة الواردة فى تلك القوانين الاستثنائية

ومن ثم فلا يجوز للمؤجر ان يطلب إخلاء المكان المؤجر متى كان خاضعا لاحكام التشريع الاستثنائي ألا السبب من الأسباب المبينة به فان كان عقد الإيجار قد تضمن شرطا صريحا فاسخا تعين ان يكون تحقق هذا الشرط موافقا لما نص عليه التشريع المذكور من قواعد (1990/7/25 طعن 190 سنه 56 ق ـ م نقض م ـ 41 -478)

التفاسخ أو التقايل :

يعنى التفاسخ أو التقابل اتفاق أطراف العقد بعد إبرام العقد وقبل انقضائه على إلغاء العقد والتفاسخ والتقايل كما يكون بإيجاب وقبول صرحين يكون أيضا بإيجاب وقبول ضمنيين ان تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن أرد أتى طرفي العقد وان تبين كيف تلاقت هاتان الإراديتان على حل العقد .

وقد قضت محكمة النقض بان : لئن كان الأصل فى العقود ان تكون لازمه بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الأخر ألا انه ليس ثمه ما يمنع من الاتفاق بينها على رفع العقد والتقايل منه وأيا كان أرى فى طبيعه هذا الاتفاق وهل يعد تفاسخا أو إبراما لعقد جديد فانه كما يكون بإيجاب وقبول صرحين يصح بإيجاب وقبول ضمنيين بعدم تنفيذ العقد وبحسب محكمه الموضوع إذا هى قالت بالتقابل الضمني ان تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن أرد أتى طرفي العقد وان تبين كيف تلاقت هاتان الإراديتان على حل العقد 1976/3/31 طعن 224 لسنه 42 ق ـ م نقض م ـ 27 ـ 546) وبأنه " متى كان المطعون عليه قد رفع دعواه طالبا فسخ عقد البيع المبرم بينه وبين الطاعنين وطلب هؤلاء الآخرون فسخ العقد الحكم المطعون فيه إذا قضى بالفسخ تأسيسا على تلاقى أرداه المشترى و البائعين لا يكون قد خالف القانون أو اخطأ فى تطبيقه ولا ينال من ذلك أن كلا من البائعين والمشترى بنى طلب الفسخ على سبب مغايرا للسبب الذى بناه الأخر إذ أن محل مناقشه ذلك و أعمال إثارة هو عند الفصل فى طلب التعويض " (1974/11/21 طعن 82 لسنه 39 ق ـ م نقض م ـ 25 ـ 1254) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد أجاب طرفي التعاقد الى ما طلباه من فسخ العقد فانه لا يكون ثمه محل بعد ذلك للتحدث عن الشرط انطباق أحكام المادة 157 من القانون المدنى لان ثمه محل بعد ذلك للتحدث عن شرط انطباق أحكام المادة 157 من القانون المدنى لان مجال أعمالها فى حاله الشرط الفاسخ الضمني

أما فى حاله الفسخ لاتفاقي فالعقد يفسخ حتما دون ان يكون للقاضى خيار بين الفسخ والتنفيذ (1974/11/21 طعن 82 لسنه 39 ق - م نقض م ـ 25 ـ 1254) وبأنه " عن الشرط انطباق أحكام المادة 157 من القانون المدنى لان مجال أعمالها هو حاله الشرط الفاسخ الضمني أما فى حاله الفسخ الاتفاقى بالعقد وبأنه " لئن كان الأصل فى العقود ان تكون لازمه بمعنى عدم إمكان انفرد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الآخر ألا انه ليس ثمه ما يمنع من الاتفاق بينهما على والتقايل منه وإبرام عقد جديد وزكما يكون ذلك بإيجاب وقبول صريحين يصح بإيجاب وقبول ضمنني إذ تعبير عن الارداه يجوز ان يكون ضمنيا على ما تقضى به المادة 90 من القانون المدنى ـ ذلك وكان الثابت من الاتفاق المحرر فى 1958/5/30 إقرار مورث الطاعنة بإخلاء شقه النزاع فى موعد غايته أخر إبريل سنه 1959 ثم استمر المورث فى شغل العين من هذا التاريخ وحتى وفاته فى سبتمبر سنه 1980 وبقاء الطاعنة مقيمة بها بعد وفاه والدها واستمرارها فى سداد مقابل الانتفاع المنصوص عليه فى الاتفاق الأول شهريا وقبول الملاك ذلك المقابل وسكوتهم عن المطالبة بتنفيذ الاتفاق طوال هذه المدة كما لم يرفعوا دعواهم بالإخلاء سنه 1985 ألا بعد أقامه الطاعنة دعواها بطلب الحكم بثبوت العلاقة الايجارية فان ذلك كله يؤكد تقابل طرف النزاع الاتفاق المحرر فى 1958/5/30 و إقرار مورث الطاعنة بالخلاء شقه النزاع فى موعد غايته أخر إبريل سنه 1959 وبقاء الطاعنة مقيمة بها بعد وفاة والدها واستمرارها فى سداد مقابل الانتفاع المنصوص عليه فى الاتفاق الأول شهريا وقبول الملاك ذلك المقابل وسكوتهم عن المطالبة دعواها بطلب الحكم بثبوت العلاقة الايجارية فان ذلك كله يؤكد تقابل طرف النزاع عن الاتفاق المحرر فى 1985/5/30 ونشوء علاقة ايجارية بين مورث الطاعن بعد وبين مورث المطعون ضدهم ومعهم من بعده وامتداد تلك العلاقة الى الطاعنة بعد وفاة والدها المستأجر الأصلي الذى كانت تقيم معه طبقا لنص المادة 29 من القانون والدها المستأجر الاصلى الذى كانت تقيم معه طبقا لنص المادة 29 من القانون رقم 49 لسنه 1977 وهو ما لم ينازع فيه المطعون ضدهم وهى علاقة توافرت لها أركان عقد الإيجار طبقا للمادة 558 من القانون المدنى من منفعة بشي معين ومدة و أجرة "(1989/11/13 طعن 1582 ق ـ م نقض ـ 40ـ 68) وبأنه " لئن كان استخلاص نبه المتعاقدين على التفاسخ الضمني وتحصيل فهم الواقع فى الدعوى هو مما تستقل به محكمه الموضوع ألا أنها متى قالت بهذا التفاسخ فان عليها ان تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي التعاقد وان تبين كيف تلاقت هاتان الأداتان على حل العقد

وان يكون ما تورده من ذلك من شانه ان يؤدى عقلا الى ما انتهت إليه فإذا كان ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من اتجاه نيه طرفي العقد الى التفاسخ عنه يتنافى مع إصرار كل منهما على التمسك به فى الدعوى التى أقامها على الآخر وطالب فيها بالتعويض على أساس إخلال الطرف الآخر بالتزاماته الناشئة عنه طوال نظر الدعوى إمام درجتي التقاضي دون يدعى إليهما حصول التفاسخ عنه فان الحكم المطعون فيه يكون مشوبا بالفساد فى الاستدلال (1969/1/2 طعن 472 لسنه 34 ق ـ م نقض م ـ 20ـ 7) وبأنه " إذا كان الطاعنان لم يقدما ما يدل على تمسكها أمام محكمه الموضوع بانقضاء عقد الوعد بالإيجار بالتقابل عنه اثر تنازل بات من المطعون عليه الأول ـ الموعود له ـ عن التمسك به وكان ما ساقه الطاعن على ما جاء بأسباب الحكم الابتدائي والحكم المطعون فيه انه عرض الشقق الأربعة على المطعون عليه الأول شفاهه لاستئجارها فلم يقبل بينما نفى المطعون عليه الأول هذا الدعاء وإذا كان لا يكفى لاعتباره الأول الدفاع متضمنا هذا النعى مجرد الإشارة فيه الى عدم قبول المطعون عليه الأول استجار تلك الشق بل يجب أن يبديه فى صيغه صريحة جازمة تدل على تمسك صاحبه بان عقد الوعد بالإيجار قد انقضى بما لا يجوز معه للمطعون عليه الأول التمسك به بعد ذلك أقامه دعواه تأسيسا عليه فانه لا تثريب على الحكم المطعون فيه ان هو لم يعتبر دفاع الطاعن الأول متضمنا انقضاء الوعد وبالتالي لم يرد عليه وطالما انه لم يتمسك به إمام محكمه الموضوع فانه لا يقبل منه لاول مرة إمام محكمه النقض" (1977/3/30 طعنان 565 سنه 43 ق ـ م نقض م ـ 28 ـ 865) وبأنه " المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ انه وان كان الأصل فى العقود ان تكون لازمه بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الأخر ألا انه ليس ثمه ما يمنع من الاتفاق بينهما على فسخ العقد والتقايل عنه ومن ثم والتقايل فى عقد الإيجار يكون باتفاق المتعاقدين على إنهاء الإيجار قبل انقضاء مدته حتى ولو تم والتقايل أثناء امتداد الإيجار بحكم القانون "(1990/11/8 طعن 2068 سنه 56 ق ـ م نقض م ـ 41 ـ 643) بأنه " من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أ انه ولئن كان الأصل فى العقود ان تكون لازمه بمعنى من الاتفاق بينهما على فسخ العقد والتقايل عنه وكما قد يتم ذلك بإيجاب وقبول صرحين يصح ان يكون ضمنيا وبحسب محكمه الموضوع ان هى قالت بالتقابل الضمني ان تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي العقد فى هذا الصدد

وان تبين كيف تلاقت هاتان الارادتان على حل العقد ولا معقب على محكمه الموضوع ان هى ناقشت فى حدود سلطتها التقديرية دعوى الفسخ ورأت بناء على أسباب سائغة رفضها أو قبولها (1983/1/4 طعن 897 سنه 49 ق ـ م نقض م ـ 34 ـ 113) وبأنه " التفاسخ والتقايل كما يكون بإيجاب وقبول صرحين يكون أيضا بإيجاب وقبول ضمنتن وبحسب محكمه الموضوع إذا هى قالت بالتفاسخ الضمني ان تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي التعاقد وان تبين كيف تلاقت هاتان الارادتان على حل العقد " (1967/2/16 طعن 61 سنه 33 ق ـ م نقض م ـ 18 ـ 394)وبأنه " التقابل فى عقد صراحة أو ضمنا هو من مسائل الوقائع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع وحسبه ان يبين الحقيقة التى اقتنع بها وان يقيم قضاءه على أسباب سائغه دون ان يكون ملزما بالرد استقلالا على اوجه دفاع الخصوم ما دامت الحقيقة التى اقتنع بها و أورد دليلها فيها الرد الضمني على هذا الدفاع (1994/1/27 طعن 4497 طعن سنه 62 ق ـ م نقض م ـ 45 ـ 278)

مدى جواز للمشترى العرفي ان يتقابل عن البيع :

وللمشترى بعقد عرفي ان يتقابل عن البيع ولو كان قد باع المبيع الى أخر مادام هو لم يحل إليه حقوقه الناشئة عن عقد شرائه فقد قضت محكمه النقض بأنه : أنه وإن كان لمشترى العقار غير المسجل ان يحيل الحقوق الشخصية الناشئة عن العقد أخر وفقا لإجراءات الحوالة ألا ان ذلك لا ينفى حقه أيضا فى ان بتصرف بالبيع فى العقار الى مشتر ثان بموجب عقد بيع يكون مستقلا بذاته عن عقد شرائه يلزم هو فيه قبل المشترى بكافه التزامات البائع التى يرتبها عقد البيع وإذا كان الثابت من مطالعه عقد البيع المؤرخ 1972/4/21 انه تضمن بيع المطعون ضده الأول الأطيان التى اشترها من المطعون وان الطاعن وان المطعون الثانى والثالث بموجب عقد البيع غير المسجل 1970/12/8 الى الطاعن وان المطعون ضده الأول التزم فى العقد البيع غير المسجل 1970/12/8 الى الطاعن وان المطعون ضده الأول التزم فى العقد الأول بكافه التزامات البائع التى تتولد عند البيع ومنها ضمان خلو المبيع من الحقوق العنيه والالتزام بتسليم مستندات الملكية للطاعن والتوقيع على العقد النهائي واستحضار المطعون ضدهما الثانى والثالث للتوقيع علية مما ينفى عنه حوالة الحق التى يترتب عليها حلول المحال له محل المحيل فى الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه ومن ثم فلا يحل محل المطعون ضده الأول فى العقد المؤرخ 1970/12/8 ويكون لهذا الاخير وللمطعون ضدهما الثانى والثالث ان يتقابلا منه أعمالا الأثر النسبي للعقود (1979/1/10 ـ 672 لسنه 45 ق ـ م نقض م ـ 30 العدد الأول ـ 161) .

الأثر الرجعى للتفاسخ أو التقايل :

متى كان الطرفان قد تراضيا على إلغاء العقد فان هذا التفاسخ (التقابل) لا يكون له اثر رجعى ألا إذ اتفقا على ترتيب هذا الإثر بالنسبة لكل أو بعض الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الذى تفاسخا عنه (1966/4/7 طعن 232 لسنه 32 ق ـ م نقض م ـ 17 ـ 825)

وقد قضت محكمه النقض بان : للمتعاقدين أن يتفقا على أن يكون للتفاسخ اثر معدم لكل ما يترتب على تعاقدهما من حقوق والتزامات وللمحكمة أن تستخلص هذه النية المشتركة من ظروف التفاسخ قالت أن من شانه أن يجعل البيع كان لم يكن مؤسسه قضاءها فى ذلك على أن المطعون عليه الأول إنما اضطر الى التنازل عن دعواه بصحة التعاقد بل وعن حقه فى البيع إزاء صارا الطاعن على إنكاره فى البداية فلما لاحت للطاعن مصلحة فى التمسك بهذا العقد الذى سبق أن هداه بإنكاره رفع الدعوى بصحته بعد ان عدل عنه المطعون عليه الأول نهائيا واستخلصت من هذه الظروف لا تكون فى تقريرها هذا قد أخطأت فى القانون (1953/3/26 ـ م ق م ـ 146 ـ 855)قضت أيضا بان الغير لا يمس التقابل حقوقه هو من اكتسب حقا عينيا على العقار المبيع ولا يتحقق ذلك بالنسبة للطاعن ـ مشترى العقار من المشترى الأول ـ إلا بشهر عقدي البيع أو التأشير بالحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد على هامش صحيفتهما المشهورة أما مجرد شهر الصحيفة فانه لا يرتب حقا عينيا للطاعن يحول دون الاحتجاج عليه بالتقابل بين البائع والمشترى الأول ولو كان عرفيا (1979/1/10 طعن 672 لسنه 45 ق ـ م نقض م ـ 30 العدد الأول ـ 161) .

الانفســـاخ :

تنص المادة 159 مدنى على انه " فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " .

والانفساخ هو انحلال رابطة العقد بقوة القانون أي دون ان يكون ذلك مشترطا فى العقد ودون ان يحتاج الأمر حكم من القضاء بهذا الانحلال ويحدث هذا الانفساخ إذا استحال تنفيذ التزامات أحد العاقدين (فى عقد ملزم للجانبين نتيجة قوة قاهرة أي بسبب لا يد للمدين فيه ولا يستطيع دفعه (سبب أجني) إذا يترتب على هذه الاستحالة سقوط التزام المدين (المادة 373 مدنى) ويلزم بالتالي إعفاء الطرف الأخر من التزامه المقابل ولذا يقضى القانون بانفساخ العقد فى هذه الحال المادة 159 مدنى إذا والاستحالة التى يترتب عليها انفساخ العقد هى تلك التى ترتب على سبب أجني أي سبب لا يد للمدين فيه فلا يكون هذا المدين مسولا بسبها قبل المتعاقد الأخر ولا يلزم بتعويضه عن أي ضر مترتب على عدم التنفيذ فان كانت الاستحالة ناتجة عن فعل المدين فان العقد يضل قائما ويمكن إلزام المتعاقد بتنفيذ العقد بمقابل أي عن طريق التعويض كما رأينا فى الكلام عن المسئولية العقدية و انفساخ العقد يتم من وقت حدوث الاستحالة ولا يحتاج الى صدور حكم القضاء له أو أعذار المدين ولكن قد يثور النزاع حول حدوث و انفساخ العقد حدوثها فإذا رفع هذا النزاع الى القضاء فقرر قيام الاستحالة و انفساخ العقد فان حكمه لا يكون منشتا للفسخ وانما مقررا لحصوله منذ وقت حدوث الاستحالة ويترتب على انفساخ العقد بحكم القانون الآثار التى ترتب على الفسخ القضائي والتى قررتها المادة 160 من القانون المدنى .وإذا كان الانفساخ بقوة القانون بسبب استحالة التنفيذية بقوة قاهرة لا يثير يحثا عن المسئولية العقدين للمدين فهو يثر البحث فى مسالة أخرى هى مسالة تحمل تبعه الاستحالة وعلى من تقع هذه التبعة أي ممن الذى تحمل بالخسارة الناتجة عن هذه الاستحالة ولكن حكم هذه النتيجة صح من نص القانون على انفساخ العقد بسبب الاستحالة فهذا الانفساخ إعفاء الطرف الأخر من الالتزامات المقابلة للالتزام بالخسارة الناتجة من هذه الاستحالة لانه لن يطالب المتعاقد الأخر بالتزامه المقابل وان كان حصل على شي تنفيذا لهذا الالتزام وجب عليه رده فالمقاول الذى بمرض فلا ينفذ الأعمال التى تعهد بها ليس وجب له ان يطالب صاحب الأعمال بشي وعليه ان يرد ما حصل عليه من مقدم وبائع العين الذى يتعذر عليه تسليمها لهلاكها لا يطالب المشترى بالثمن ويلزم ان يرد ما وفى له به منه ويصوغ الفقه قاعدة تحمل التبعة فى العقود الملزمة للجانبين بان هذه التبعة يتحملها المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه

ولذا يقول الفقه انه ان كان العقد ملزما لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة واستحال على المودع لديه رد الشي الى صاحبه بسبب هلاكه بقوة قاهرة فان تبعه هذا الهلاك تكون على الدائن صاحب الوديعة) ويقال لذلك ان تبعه الهلاك فى العقود الملزمة لجانب واحد تكون على الدائن بالالتزام الذى استحالة تنفيذه (السنهورى ، الوسيط فقرة 490) ويرى إسماعيل غانم ان التبعة التى تحلهلا المودع هنا فى تبعه الشي أي تبعه الملك ويفرق بينها وبين تبعه العقد ، ويقول لذلك انه لو كانت الوديعة باجر وهلك الشي المودع واستحالة على المودع لديه تنفيذ التزامه بالحفظ فان المودع لديه لن يستحق اجر الوديعة ويتحمل على المودع لديه تنفيذ التزامه بالحفظ فان المودع لديه لن يستحق اجر الوديعة ويتحمل بذلك تبعه العقد (وانظر فى التفرق بين تبعه العقد وتبعه الشي مؤلفه عن المصادر ، فقرة 171 (انظر كل ما سبق السنهورى ـ الشرقاوى ـ بدراوى ـ غانم)

وقد قضت محكمة النقض بأن : المقرر ـ فى قضاء هذه المحكمة ـ ان عقد البيع ينفسخ حتما من تلقاء نفسه طبقا للمادة 159 من القانون المدنى بسبب استحالة تنفيذ أحد المتعاقدين بسبب أجنبي ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عود المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ويتحمل تبعه الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين إذا كان ذلك وكان الحكم الابتدائي الذي أحال الحكم المطعون فيه الى أسبابه قد انتهى الى هذه النتيجة حين ذهب الى ان استحقاق الغير لعقار النزاع يقتضي فسخ عقد البيع الصادر بشأنه من الطاعن وبالتالي فانه يلزم برد الثمن الى المطعون ضدهما بالتطبيق للمادة 160 من القانون المدنى وكان ما استخلصه سائغا له اصله الثابت من الأوراق ومؤدبا الى ما انتهى ولا مخالفه فيه للقانون فان النعى على الحكم المطعون فيه يكون على غير أساس (1990/6/21 طعن 574 سنه 57 ق ـ م نقض م ـ 41 ـ 337 وبأنه " القوة القاهرة التى ينفسخ بها العقد ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ هي التى تجعل تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة لسبب أجنبي عن المدين مما مؤداه انه إذا كانت القوة القاهرة تمثل مانعا مؤقتا من التنفيذ فلا يكون لها اثر سوى وقف تنفيذ الالتزام فى الفترة التى قام فيها الحادث حتى إذا مازال هذا الحادث عاد الالتزام قوته فى التنفيذ (1991/1/30 طعن 865 سنه 53 ق ـ م نقض م ـ 42 ـ 336) و بأنه" الفسخ القانوني يقع عند انقضاء الالتزام على اثر استحالة تنفيذه فانقضاء هذا الالتزام يستتبع انقضاء الالتزام المقابل له(1980/12/22 طعن 1919 سنه49ق ـ م نقض م ـ 31 ـ 2082)

وبأنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المقصود بالاستحالة التى ينقضي بها الالتزام هى الاستحالة المطلقة لطروء قوة قاهرة أو حادث جبري إطاري لا قبل للمستلزم بدفعه أو توقعه وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه برفض دعوى الطاعنين على أن قرار لجنه القائم على الأرض المبيعه من شانه ان يجعل الوفاء بالتزام المطعون ضده بنقل ملكية المبيع مستحيلا استحالة مرجعها الى سبب أجنبي لا يد لخ فيه لما كان ذلك صدور مثل هذا القرار وان أدى الى عرقله تنفيذ التزام البائع الوارد بالعقد بإزالة المباني القائمة على الأرض المبيعه وتسليمها خاليه الى المشترى فى الميعاد المتفق عليه ألا انه لا يعتبر مانعا من قبيل الاستحالة المطلقة التى تجعل الالتزام بنقل الملكية ذاته مستحيلا إذا ليس فى القانون ما يحول دون ان ينقل البائع ملكيه الأرض المبيعه الى مشتريها دون المباني المقامة عليها ودون تسليمها (1982/12/2 طعن 980 سنه 48 ق ـ م نقض م ـ 33 ـ 1104) وبأنه " الفسخ يعتبر واقعا فى العقد الملزم للجانبين باستحالة تنفيذه ويكون التنفيذه مستحيلا على البائع بخروج المبيع من ملكه كما يعتبر الفسخ مطلوبا ضمنا فى حاله طلب المشترى رد الثمن والفسخ (1979/12/11 طعن 1005 سنه 46 ق ـ م نقض م ـ 30 العدد الثالث ـ 224) وبأنه " استحالة تنفيذ البائع لالتزام بنقل ملكية تنفيذا عينيا لعدم صحة إجراءات البيع ولوروده على شي غير قابل للتعامل فيه بالبيع ـ أثره وجوب رفض طلب المشترى صحة ونفاذ عقد البيع " (1996/3/21 طعن 3266 سنه 60 ق ـ م نقض م ـ 47 ـ 518) عقد البيع ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمه ـ ينفسخ حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة 159 من القانون المدنى بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي ويترتب على الانفساخ ـ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التى عليها قبل العقد ويتحمل تبعه الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين ولما كان الحكم قد اثبت أن التزام الطاعنين بنقل ملكيه العقار البيع للمطعون عليه قد صار مستحيلا بسبب استيلاء جهة الإصلاح الزراعي عليه تنفيذا لحكم القانون رقم 127 لسنه 1961 ـ بتحديد الحد الأقصى للمكية الزراعية للفرد بما لا يزيد عن مائة فدان ـ فانه يكون قد اثبت ان استحالة تنفيذ هذا الالتزام ترجع لسبب أجنبي (1977/4/5 طعن 199 لسنه 43 ق ـ م نقض م ـ 28-909) وبأنه" إذا كان الوقائع فى الدعوى ان الشركة المطعون عليها كانت قد تعاقدت على تصدير كميات من القطن الى بيوت التجارة الألمانية

فلما قامت الحرب الأخيرة ترتب عليها قطع العلاقات التجارية والسياسية بين مصر وألمانية وصدر الأمر ان العسكريان 6 سنه 1939 ، 158 سنه 1941 فى شأن الاتجار مع الحكومة ورعاياه فحالا دون تنفيذ هذه العقود ورتبا البطلان على كل ما يخالف أحكامهما ـ وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر قيام الحرب وانقطاع العلاقات والمواصلات وصدور التشريعات الاستثنائية قوة قاهرة وسببا أجنبيا يستحيل معه تنفيذ هذه العقود فقضى بانفساخها فان هذا الذى قرره فان هذا الذى قرره الحكم المطعون فيه يتفق والقواعد القانونية الصحيحة ذلك انه متى صار تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا بعد انعقاد العقد التبادلي بسبب أجنبي فانه ينقضي واجب هذا الطرف فى تنفيذ وينفسخ العقد حتما وبقوة القانون ويعود كل طرف الى حالته قبل التعاقد وذلك عملا بالأحكام العامه فى القانون التى أجملتها المادة 179 مدنى قديم والتى تطبق على العقود كافه " (1959/11/19 طعن 99 لسنه 25 ق ـ م نقض م ـ 10 ـ 677) وبأنه "النص فى المادة 1/569 من القانون المدنى على انه إذا هلكت العين المؤجر أثناء الإيجار هلاكا كليا انفسخ العقد من تلقاء نفسه هذا النص يعتبر تطبيقا للقاعدة العامة التى تقضى بانفساخ العقد لاستحالة التنفيذ الراجع الى انعدام المحل لهلاك العين الموجز هلاكا كليا اصبح معه تنفيذ عقد الإيجار مستحيلا ومن ثم ينفسخ من تلقاء نفسه وبحكم القانون وتقرر المادة 159 من القانون المدنى القاعدة العامة فى هذا الصدد إذ تقول فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه والمشرع فى النصين سألفى الذكر لم يميز بين ما إذا كان الهلاك غير راجع لخطأ المؤجر فينفسخ العقد بحكم القانون وبين ما إذا كان الهلاك غير راجع لخطا المؤجر فينفسخ العقد بحكم القانون و ترتيبا على ذلك يكون لك من الطرفين طلب الانفساخ ويعتبر العقد مفسوخا من وقت الهلاك ولا حاجه الى حكم بذلك وان صدر مثل الحكم فإنما يكون مقررا لهلاك العين و انفساخ العقد ويؤيد ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدنى فى هذا الصدد بأنه قد تهلك العين كليا سواء كان ذلك من جراء عدم القيام بالترميمات اللازمة لحفظ العين أو بخطأ المؤجر أو المستأجر أو بقوة قاهرة وفى كل هذه الأحوال ينفسخ العقد من تلقاء نفسه لانعدام المحل وهذا هو المقرر فى قضاء النقض فى أحكامه الأخيرة إذا جرى على أن هلاك العين المؤجر هلاكا كليا يؤدى الى انفساخ عقد الإيجار من تلقاء أيا كان السبب فى هذا الهلاك ولو كان ذلك بسبب المؤجر

ولا يجبر على إعادة العين الى اصلها (1991/5/9 طعن 1886 لسنه 54 ق ـ م نقض م ـ 42 ، 1048) وبأنه يترتب على نزع ملكية العين المؤجرة للمنفعة العامة انفساخ عقد الإيجار من تلقاء نفسه لاستحالة تنفيذه بسبب انعدام المحل لسبب أجنبي (1967/5/25 طعن 51 لسنه 34 ق ـ م نقض م ـ 18 ـ 1129)

وإذا كانت الاستحالة مؤقتة وقف العقد حتى زوال سبب الاستحالة :

وقد قضت محكمة النقض بان : بيع البضاعة المتعاقد عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها حتى يفصل فى النزاع القائم بين الطرفين بشان البيع الصادر بينهما لا يؤدى الى انفساخ هذا العقد ولا يسوغ فى ذاته الفسخ إذا ان بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشي المبيع الموجب الانفساخ عقد البيع ذلك ان الهلاك الذى نصت عليه المادة 297 من القانون المدنى القديم المقابلة للمادة 437 من القانون الجديد هو زوال الشي من الوجود بمقوماته الطبيعة بسبب أفه سماوية أو حادث مادي بفعل إنسان أما بيع الشي بأمر القضاء المستعجل خشيه التلف فهو إجراء وفتى قصد به صيانة الشي المبيع من الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه ونقل النزاع كان دائرا حول عين معينه الى بديلها وهو الثمن المتحصل من بيعها وهو ينصرف إليه اثر عقد البيع " (1957/2/21 طعن 74 لسنه 23 ق ـ م نقض م ـ 8 ـ 158) وبأنه " من مقتضى القواعد العامه فى القانون المدنى ان التزام ينقضي إذا اصبح الوفاء به مستحيلا بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه وانه فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه ولئن كان مقتضى تطبيق هذا القواعد على عقد العمل ان تجنيد العامل يعد قوة قاهرة تجعل تجنيد العامل ألا انه لا مانع يمنع من اتفاق طرفي العقد على الإبقاء عليه ووقف نشاطه فى فترة التجنيد حتى إذا انتهت عاد الى العقد نشاطه واستمر العامل فى عمله تنفيذا لهذا العقد (1972/3/25 طعن 450 لسنه 35 ق ـ م نقض م ـ 22 ـ 514) وبأنه وضع الأطيان المبيعه تحت التحفظ بمظنة أنها من أموال أسرة محمد على ليس ألا حادثا طارئا يترتب عليه تأجيل تنفيذ ما لم يكن قد تم تنفيذه من التزامات الطرفين بصفة مؤقتة

دون ان يتمخض عن استحالة قانونية دائمة تقضى الى انقضاء هذه الالتزامات وبزوال هذه الطارى تستأنف الالتزامات المؤجل سيرها ومن فلا يكون لذلك الطارى من اثر على قيام العقد فى فترة التحفظ ويبقى العقد تشريعه تحكم العلاقة بين الطرفين فإذا كان الطاعنون (البائعون) قد أقاموا دعواهم بعد رفع التحفظ وبعد ان استقرت العلاقة بين الطرفين بإبرام العقد النهائي مطالبين المشترى بثمار المبيع على أنها من حقهم فان استنادهم فى الدعوى الى قاعدة الإثراء بلا سبب يكون غير صحيح فى القانون ذلك ان الحق فى هذه الثمار اثر من آثار عقد البيع وهى للمشترى من وقت قيام البيع ومن ثم فلا يعد حصوله عليها إثراء بلا سبب (1962/2/20 طعن 201 لسنة 27 ق ـ سنه 1946 الصادر استناد الى القانون رقم 36 سنه 1946 بشان لائحة إجراءات وزارة الأوقاف والذي ناط بالهيئة القضائية بالوزارة القيام بجميع الإجراءات القانونية فى القضايا التى ترفع منها أو عليها من ان تعهد تلك الوزاري الى غير هيئتها القضائية بالقيام بمثل هذه الأعمال ومن ثم فليس فى ايلوله النظر على الوقف الى وزارة الأوقاف بموجب القانون رقم 247 لسنه 1953 وما يتبع ذلك من اختصاص الهيئة القضائية للوزارة بالقيام بالأعمال القضائية ما يعتبر فى حكم المادة 373 من القانون المدنى قوة قاهرة يستحيل معها على المحامى المتعاقد مع الوقف من قبل القيام بالتزامات حتى يمكن القول تبعا لذلك بانقضاء التزام الوزارة بالوفاء بالأجر أعمالا لنص المادة 159 من القانون المدنى (1962/11/1 طعن 37 لسنه 27 ق ـ م نقض م ـ 13 ـ 948)

ويجوز لإحدى طرف العقد المطالبة بالتعويض طبقا لقواعد المسئولية التقصير فى حالة انفساخ العقد بقوة القانون :

وقد قضت محكمة النقض بان : ينفسخ حتما عقد البيع باستحالة تنفيذه يستوي فى ذلك ان تكون الاستحالة بتقصير المشترى أو بتقصير البائع ولا يبقى بعد ألا الرجوع بالتضمينات من أحد العاقدين على الأخر فإذا كان المشترى قد إنذار البائع له وكلفه الحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع فلم يحضر ثم رفع عليه دعوى لاثبات التعاقد بينهما ليقوم الحكم فيها مقام عقد رسمي قابل للتسجيل ولسبب مطل المدعى علية وتسويفه لم يحكم نهائيا للمدعى الا بعد نزع ملكية المبيع جبرا ورسو مزاده بالفعل على الدائن المرتهن فان هذا يكفى لاثبات ان استحالة تنفيذ عقد البيع وعدم إمكان الوفاء جاءا بعد تكليف المشترى للبائع رسميا بالوفاء بالتزامه

مما ترتبت على هذا الفسخ من رد الثمن مع الضمينات فإذا حكمت المحكمة فى هذه الحالة برفض طلب المدعى التضمينات واسترداد ثمن المبيع استناد الى قيام الحكم الصادر بصحة التعاقد مع سقوط هذا الحكم لخروج المبيع جبرا من ملك البائع كان حكمها خاطئا متعينا نقضه " (1938/12/15 ـ م ق م ـ 225 ـ 383)وبأنه " الفسخ يعتبر واقعا فى العقد الملزم للجانبين باستحالة تنفيذه ويكون التنفيذ مستحيلا على البائع بخروج المبيع من ملكه كما يعتبر الفسخ مطلوبا ضمنيا فى حاله طلب المشترى رد الثمن تأسيسا على إخلال البائع بالتزامه بنقل ملكية المبيع إليه وذلك للتلازم بين طلب رد والفسخ " (1979/12/11 طعن رقم 1005 سنه 46 ق ـ 30 ـ 224) .

ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد :
وقد قضت محكمة النقض بان " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن عقد البيع ينفسخ حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة 159 من القانون المدنى بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ويتحمل تبعه الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين " (1977/1/11 طعن 256 لسنه 43 ق ـ م نقض م ـ 28 ـ 211)
مدى سلطة محكمة الموضوع :
فقد قضت محكمه النقض بان : إذا كان الحكم بعد ان استظهر الشروط الواجب توافرها لاعتبار الحادث قوة قاهرة قرر ان صدور الأمر الإداري الواجب التنفيذ وهو القرار الوزاري رقم 10 الصادر فى 1941/1/18 بالاستيلاء على الشركة المطعون عليها وجميع مجوداتها وأموالها هو الذى حال دون وفائها بالأجرة المستحقة عليها واعتبر هذا الحادث عملا من أعمال السلطات التى لها حكم القوة القاهرة وانه كان شان هذا الأمر جعل وفاء الشركة بالتزاماتها مستحيلا وليس مرهقا أو عسيرا فحسب الاعتبارات المسوغة التى ساقها فانه لا يكون قد خالف القانون أو شابه القصور " (1953/3/26 ـ م ق م ـ 152 ـ 283) وبأنه " متى كانت استحالة تنفيذ الالتزام تقوم على أسباب قانونية فان البحث فى توافرها يعد من مسائلة القانون التى تخضع لرقابه محكمه النقض "(1962/11/1 طعن 37 لسنه 27 ق ـ م ـ م نقض م ـ 13 ـ 948

وبأنه " إذا كان الحكم قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من ان التعاقد إبرام بعد صدور قانون تقسيم الأراضي رقم 52 سنه 1940 وان امتناع المساحة تسجيل العقد كان متوقعا كأثر من آثار هذا القانون فلا يمكن للبائع ان يستفيد من رفض التسجيل للتذرع بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ فان ذلك يكون استخلاصا موضوعيا سائغا لا رقابه المحكمة النقض علية " (1956/6/28 طعن 446 لسنه 22 ق ـ م نقض م ـ 7 ـ 789)

اثــر الفســخ :

تنص المادة 160 مدنى على انه " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض ويترتب على الفسخ قضائيا كان أو اتفاقيا أو قانونيا انعدام يستند آثره فيعتبر كان لم يكن وبهذا يعود المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى هذا العقد بعد ان تم فسخه وإذا اصبح الرد مستحيلا وجب التعويض على الملتزم وفقا الأحكام الخاصة بدفع غير المستحق " .

الفسخ فيما بين المتعاقد يسرى بأثر رجعى ولا صعوبة فى أعمال هذا الأثر مادام تنفيذ الالتزامات لم يتم أو كانت هذه الالتزامات قد تم تنفيذ الالتزامات لم يتم أو كانت هذه الالتزامات قد تم تنفيذها ألا ان رد كل متعاقد لما حصل عليه من أداء بمقتضى العقد كان يسيرا لا يعترضه عائق فالقاعدة انه إذا كانت بعض الالتزامات قد تم تنفيذها فعلا فيجب على كل طرف رد ما حصل عليه وذلك أعمالا لقواعد الإثراء بلا سبب (حسام الاهوانى) ويكون لكل من الطرفين حبس التزامه بالرد الى ان يستوفى التزام الطرف الآخر بالرد ويترتب على فسخ العقد زوال كافه الحقوق و التى يكون صاحب الشان قد رتبها للغير على الشي محل العقد سواء كانت حقوقا عينية أصلية أو تبعية أو كانت حقوقا شخصية ويستثنى من ذلك الأحوال التى يرد فيها نص خاص كالشان فى الحقوق العينية التى تم شهرها قبل شهر صحيفة دعوى الفسخ عملا بالمادتين 16 17 من قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنه 1946 ، أو الحقوق الشخصية التى تقررت الغير بموجب عقد من عقود الإدارة عملا بالفقرة الثانية من المادة 246 السنهورى ـ جمال زكى بندى ـ حجازى ـ مصطفى الجارحى ـ مرقس - الصدة بند ـ الشرقاوى ـ حمدي عبد الرحمن ـ البداورى - حسام الأهواني ـ شرف الدين)

وقد قضت محكمة النقض بان : إذا كانت المادة 14 من القانون رقم 142 لسنه 1944 ـ بفرض رسم أيلول على التركات ـ تقضى بان يستبعد من التركة كل ما عليها من الديون والالتزامات إذا كانت ثابتة بمستندات تصلح دليلا على المتوفى إمام القضاء وكان مفاد نص المادة 160 من القانون المدنى ان الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كان لم يكن ويعاد كل شي الى ما كان عليه من قبل وبالتالي فانه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع العين المبيعه الى البائع وان يرد الاخير ما قبضه من الثمن وإذا كان الثابت بمدونات الحكم المطعون فيه ومن الصور الرسمية الأحكام النهائية الصادرة من محكمه طنطا الابتدائية بتاريخ فى الدعاوى مدنى كلى طنطا المرفقة بملف الطعن ـ ان المحكمه قضت فيها بفسخ عقود البيع الصادر من مورث الطاعنين وبإلزام هؤلاء بان يدفعوا من تركه مورثهم قيمه ما دفعه كل مشتر من ثمن وجمله ذلك مبلغ 5085.060 ـ فانه يكون من حق الطاعنين طلب استبعاد المبلغ المشار إليه من أصول التركة باعتباره دينا على المتوفى ثابت بأحكام قضائية نهائية ولا يغير من ذلك ان أمر هذا الدين لم يعرض على لجنه الطعن لان الأمر يتعلق بمسالة قانونية لا يجوز الاتفاق على خلاف ما يقضى به القانون فى شأنها " (1986/11/3 طعن 1488 سنه 50 ق ـ م نقض م ـ 37 ـ 822) وبأنه " يترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحاله التى كانا عليها قبل العقد فيرد المشترى المبيع وثماره إذا كان قد تسلمه ويرد البائع الثمن وفوائد وإذا كان الثابت ان المطعون عليهما قد أقاما دعواهما طالبين الحكم بفسخ عقد البيع الصادر لهما من المرحوم الذى يمثله الطاعن لاستيلاء الإصلاح الزراعي على الأطيان موضوع العقد فى يونيه سنه 1958 اعتبارا من أول نوفمبر سنه 1955 حتى سنه 1958 وكان يترتب على هذا الاستيلاء انفساخ العقد حتما ومن تلقاء طبقا للمادة 159 من القانون المدنى بسبب استحالة نقل الملكية إليهما فانه يكون عليهما وقد انفسخ العقد ان يرادا الثمار الى البائع عن المدة السابقة على استيلاء الإصلاح الزراعي على الأرض مقابل رد البائع ما عجل من الثمن وفوائده حتى تاريخ الاستيلاء أما بعد هذا الاستيلاء فان وضع يد المطعون عليهما على الأطيان لا يكون مستندا الى أية رابطه تربطهما بالطاعن بعد ان انفسخ عقده والت الملكية الإصلاح الزراعي بحكم القانون الأمر الذى يترتب عليه قيام علاقة جديدة بين المطعون عليهما والإصلاح الزراعي من تاريخ الاستيلاء ولا شان للطاعن اليد عليها فى المدة من أول نوفمبر سنه 1955

حتى أخر أكتوبر سنه 1958 ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه إذا قضى للمطعون عليهما ضد الطاعن بمبلغ تعويضا عن أجرة الأطيان المستحقة الإصلاح الزراعي فى المدة المذكورة التأليه الانفساخ العقد قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " (1974/11/21 طعن 568 لسنه 39 ق ـ م نقض م ـ 25 ـ 1266) وبأنه المشرع وان كان قد أجاز للمشترى ـ طبقا للمادة 443 من القانون المدنى ـ الرجوع على البائع له فى حاله استحقاق المبيع ـ بضمان الاستحقاق ألا انه يمنعه من المطالبة لفسخ عقد البيع على أساس أن البائع قد أخل بالتزامه وهو ما أشارت إليه المادة السابقة ذكرها بقولها كل هذا لم يكون رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو أبطاله ومن مقتضى ذلك انه فى حاله القضاء بالفسخ تترتب الآثار التى نصت عليها قبل التعاقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى العقد بعد ان تم فسخه : (1967/8/15 طعن 193 لسنه 34 ق ـ م نقض م ـ 18 1500)

وقد قضت محكمة بان : مفاد نص المادة 160 من القانون المدنى ان الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كان لم يكن ويعاد كل شي الى ما كان عليه من قبل وبالتالي فانه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع ان تعود العين المبيعه الى المطعون عليه ـ البائع ـ وان يرد الأخير ما قبضه من الثمن (1976/10/19 طعن 458 لسنه 40 ق ، م نقض م ـ 27 ـ 1467) وبأنه " متى كان الطاعن ـ البائع ـ قد أخل بالتزامه بتسليم البضاعة فيما عدا خمسين طنا وقضى تبعا بفسخ العقد فلا محل لان يطالب الطاعن بالإبقاء على مقدم الثمن الذى استلمه بل يتعين عليه رده عملا بما تقضى به المادة 160 من القانون المدنى من ان الفسخ يعيد المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى العقد بعد ان تم فسخه ولا يجوز الطاعن بالتالي ان يطالب بتكاليف إعداد البضاعة للتصدير وهو لم يقم بتسليمها " (1974/12/3 طعن 205 لسنه 34 ق ـ م نقض م ـ 25 ـ 1315) وبأنه " مؤدى نص المادة 160 من القانون المدنى انه إذا فسخ المدنى العقد سقط أثره بين المتعاقدين واعتبر كان لم يكن وأعيد المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل إبرامه " (1968/2/27 طعن 131 لسنه 34 ق ـ م نقض م ـ 19 381) وبأنه " مفاد نص المادة 160 من القانون المدنى ان الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كان لم يكن فيسترد كل متعاقد ما قدم الأخر ويقوم استرداد ما دفع بغير المستحق إذا كان الوفاء قد تنفيذا الالتزام زال سببه بعد ان تحقق لما ذلك وكانت المادة 185 /3 من القانون المدنى تلزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد من يوم رفع الدعوى

فان الدعوى فان الحكم المطعون فيه إذا الزم الطاعن بالفوائد اعتبار من تاريخ قيد صحفية الدعوى موضوع الطعن بقلم كتاب المحكمه المنظورة أمامها فانه يكون قد أصاب صحيح القانون "(198/3/6 طعن 2092 سنة 57 ق ـ م نقض م ـ 40 ـ 735) وبأنه " المقرر ان يلزم كل طرف من أطراف العقد المفسوخ برده الى الأخر فى هذه الحاله إنما هو عين ما أعطى لا ما يقابل مادام غير مستحيل " (1992/7/19 طعن 4456 لسنه 61 ق ـ م نقض م ـ 43 ـ 982) وبأنه " يدب نص المادة 160 من القانون المدنى ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمه ـ على انه يترتب على فسخ عقد البيع انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه بحيث تعود العين المبيعه الى البائع وان يرد الى المشترى ما دفعه وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمه على انه يترتب على فسخ عقد البيع انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه بحيث تعود العين المبيعه الى البائع ـ بالحالة التى كانت عليها وقت التعاقد ـ وان يرد الى المشترى ما دفعه من الثمن " (1993/3/8 طعن 1458 سنه 49 ق ـ م نقض م ـ 34 ـ 652) وبأنه " مقتضى انحلال العقد بأثر رجعى منتجه للفسخ هو ـ وعلى ما سلف القول ـ ان يسترد كل متعاقد عين ما قدمه لا ما يقابله ولا زم ذلك انه وقد فسخ العقد محل النزاع وملحقه الخلال الطاعن بالتزاماته الناشئة عنهما فانه يحق للمطعون ضدها استرداد ما دفعته إليه من مبالغ وبذات العمله المسددة بها أي بالدولارات الأمريكية وليس بما يعادلها من العمله المحلية وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلزام الطاعن بان يؤدى للمطعون ضدها مبلغ 910230 دولارا أمريكا فلا نكون به حاجه الى بيان سعر الطرف الذى يتم على أساه تحويل المبلغ المقضي به الى العمله المحلية لان محل الإلزام هو ذات العمله الأجنبية وليس ما يقابلها وفى ذلك ما يكفى للتعريف بقضاء الحكم ويناى به عن التجهيل " (1989/3/6 طعن سنه 57 ق ـ م نقض م ـ 40ـ 735)

ولا تسقط دعوى الرد ـ رغم تأسيسها على استرداد ما دفع بغير حق ـ ألا بمضى خمسه عشر عاما من تاريخ تقرير الفسخ :

وقد قضت محكمة النقض بان حق الواهب من استرداد المال الموهوب فى حاله الشرط الفاسخ للهبه يقوم على أساس استرداد ما دفع وجه حق وقد أكدت المادة 182 من القانون المدنى هذا المعنى بنصها على انه يصح استرداد غير وجه حق وقد أكدت المادة 182 من القانون المدنى هذا المعنى بنصها على انه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد ان تحقق ألا انه لما كان الثابت ان المطعون عليه رفع دعواه بطلب رد المبلغ الموهوب وكان الطاعن قد نازعه فى ذلك وكان رد المبلغ لا يقتضي به فى هذه الحاله ألا كأثر من الآثار المترتبة على انفساخ العقد طبقا للمادة 160 من القانون المدنى التى تقضى بأنه إذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحاله كانا عليها قبل العقد وكانت دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص و عليه فى المادة 187 من القانون المدنى ولا تتقادم ألا بمضى خمس عشر سنه فانه طالما يكون للواهب ان يرفع هذه الدعوى فانه يكون له ان يطالب بالآثار المترتبة عليها ومنها رد المال الموهوب إذا لا يكون هذا المال مستحق الأداء ممكنا المطالبة به ألا بعد تقرير الفسخ إذا كان ذلك فان النعى على الحكم بالخطا فى تطبيق القانون يكون على غير أساس " ـ 1978/3/16 طعن 351 سنه 44 ق ـ م نقض ـ 29 ـ 773)

وبالنسبة لعقود المدة أو العقود الزمنية كالإيجار فليس لنسخها اثر رجعى بحيث لا يترتب على الفسخ سوى إنهاء العلاقات الناشئة على العقد منذ وقوع الفسخ إذا ان طبيعة هذه العقود تستعصي على الإثر الرجعى لان الزمن فيها مقصود لذاته باعتباره أحد عناصر المحل الذى ينعقد عليه والتقابل بين الالتزامين فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفد منه فإذا فسخ عقد الإيجار مثلا بعد البدء فى تنفيذ فان أثار العقد التى أنتجها قبل الفسخ تظل قائمه ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفه الأجرة لا التعويض فيبقى له امتياز المؤجر وفسخ عقود المدة أو العقود الزمنية المستمرة أو الدورية التنفيذ لا يقع ألا بصدور الحكم النهائي به لا قبله وبالتالي لا يترتب عليه سوى إنهاء أي ثار ناشئة عن العقد منذ هذا الوقت أما ما رتبه العقد من آثار قبل الحكم النهائي بالفسخ فهي قائمه والوقائع ان الفسخ فى هذه العقود هو من قبيل إلغاء العقد وعدم أعمال الأثر الرجعى للفسخ فى عقود المدة أو العقود الزمنية يسرى على جميع أنواع هذه العقود أي يسرى على هذه العقود سواء كانت محددة المدة أو غير محددة المدة أو العقود الدورية التنفيذ كعقود توريد الغاز والكهرباء والمياه . (راجع السنهورى ـ شرف الدين وانظر غانم)

وقد قضت محكمه النقض بان : يرد على كافه العقود الملزمة للجانبين سواء أكانت من العقود الفورية أم كانت من العقود الزمنية غير محددة المدة ويترتب على الحكم به انحلال العقد واعتباره كان لم يكن غير ان الأثر الرجعى للفسخ لا ينسحب على الماضي ألا فى العقود الفورية أما فى غيرها فلا يمكن إعادة ما نفذ منها "(1989/3/6 طعن 2092 سنه 57 ق ـ م نقض م ـ 40 ـ 735) وبأنه " من المقرر ان الفسخ عقد الإيجار اتفاقا أو قضاء ـ بعد البدء فى تنفيذ ـ وخلافا للقواعد العامه لا يكون له اثر رجعى إذا يعتبر العقد مفسوخا من وقت الاتفاق عليه أو الحكم النهائي بفسخه لان طبيعه العقود الزمنية ومنها عقد الإيجار تستعصي على الأثر ويبقى عقد الإيجار بالنسبه للمدة التى انقضت من قبل قائما بحكم العلاقة بين الطرفين فى شان ادعاء أي منها قبل الأخر بعدم تنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد خلال تلك المدة باعتبار ان أحكام العقد وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمه ـ هى وحدها التى تضبط كل علاقه بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذا صحيحا أو عند الإخلال بتنفيذ فلا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيريه فى مقام العلاقة العقدية لان فى ذلك اهداد لنصوص و العقد المتعلقه بالمسئولية عن عدم مما يخل بالقوة الملزمة له لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر أقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف على ان تعديل طلبات المطعون عليه يعتبر منه تسليما بفسخ عقد الإيجار موضوع الدعوى ورتب على ذلك أعماله قواعد المسئولية التقصيرية بدلا من قواعد المسئولية العقدية فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " (1981/2/10 طعن 472 سنه ق ـ م نقض م ـ 32 ـ 468) وبأنه مفاد نص المادة 160 من القانون المدنى توافر الأثر الرجعى للفسخ إلا ان المقرر بالنسبه لعقد الإيجار وهو من عقود المدة فانه يستعصي بطبيعته على فكرة الأثر الرجعى لان الأمر فيه مقصود لذاته باعتباره أحد عناصر المحل الذى ينعقد عليه والتقابل بين الالتزامين فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه فإذا فسخ عقد الإيجار بعد البدء فى تنفيذه فان آثار العقد التى أنتجها قبل الفسخ تظل قائما علميا ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفه الأجرة لا التعويض ولا يعد العقد مفسوخا ألا من وقت الحكم النهائي الصادر بالفسخ لا قلبه ألا ان ألام يختلف إذا كان عقد الإيجار لم يتم العين المؤجرة يوجب فسخ العقد متى طلب المستأجر ذلك ويرد الطرفان الى الحالة التى كانا عليها عند التعاقد وللمستأجر ان يسترد ما دفعه لحساب الأجرة التى سوف تستحق عليه عند تنفيذ العقد " (1991/4/11 طعن 1929 سنه 52 ق ـ م نقض م ـ 42 ـ 886) النص فى المادة 160 من القانون المدنى

على انه إذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحاله كانا عليها قبل العقد قطعي الدلاله على اثر الرجعى للفسخ وعلى شموله العقود كافه ألا انه من المقرر بالنسبة لعقد المدة أو للعقد المستمر والدوري التنفيذ ـ كالإيجار ـ انه من المقرر بالنسبة لعقد المدة أو للعقد المستمر والدوري التنفيذ ـ كالإيجار ـ انه يستعصي بطبيعته على فكرة الأثر الرجعى لان الزمن فيه مقصود لذاته باعتبار أحد عناصر المحل ينعقد عليه والتقايل بين الالتزامين فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه فإذا فسخ عقد الإيجار بعد البدء فى تنفيذه فان آثار العقد التى أتنتجها قبل الفسخ تظل قائمه عمليا ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفه الأجرة لا التعويض ولا يعد العقد مفسوخا ألا من وقت الحكم النهائي الصادر بالفسخ لا قبله ويعتبر الفسخ هنا بمثابة إلغاء للعقد فى حقيقة الواقع (1979/2/7 طعن 509 سنه 46 ق ـ م نقض م ـ 30 العدد الأول ـ 491) وبأنه " إذا حكم القاضى بفسخ عقد الشركه فان هذا الفسخ خلافا للقواعد العامه فى الفسخ لا يكون له اثر رجعى إنما تحل الشركه بالنسبه للمستقبل أما قيامها و أعمالها فى الماضي فأنها لا تتأثر بالحل وبالتالي فلا محل لتطبيق القاعدة العامه الواردة فى المادة 160 من القانون المدنى والتى توجب إعادة المتعاقدين الى الحاله التى كانا عليها قبل العقد فى حاله فسخه مما يقتضي ان يرد كل منهما ما تسلمه من الآخر تنفيذا للعقد وانما يستتبع فسخ عقد الشركة حلها وتصفية أموالها وقسمتها بالطريقة المبينة فى العقد وعند خلوه من حكم خاص تتبع فى ذلك الأحكام الواردة فى المادة 532 من القانون المدنى وما بعدها قبل إجراء تصفية الشركة لا يجوز للشريك ان يسترد حصته فى راس المال لان هذه التصفية هى التى تحدد صافى مال الشركه الذى يجوز قسمته بين الشركاء وتكون من دعوى المطعون ضده فى خصوص استرداد حصته فى راس مال الشركه قبل حصول التصفية غير مقبولة لرفعها قبل الأوان " (1969/6/12 طعن 287 لسنه 35 ق ـ م نقض م ـ 20 ـ 929) .وبأنه " الحكم بفسخ عقد الشركة خلافا للقواعد العامة فى الفسخ ليس له اثر رجعى وانما تتحل الشركة بالنسبة للمستقبل أما قيامها و أعمالها فى الماضي فإنها لا تتأثر به ، ومن ثم فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة فى المادة 160 من القانون المدنى التي توجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد " (1988/6/20 طعن سنه 52 ق ـ م نقض م ـ 39 ـ 1059)

وينفسخ عقد البيع ومن تلقاء نفسه بسبب استحالة تنفيذ أحد المتعاقدين لسبب أجنبي ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقد الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ويتحمل تبعة الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين :

وقد قضت محكمه النقض بان : فإذا اثبت الحكم المطعون فيه ان التزام الطاعن بنقل ملكيه العين قد صار مستحيلا بسبب الاستيلاء عليها لديه تنفيذا للقانون رقم 127 سنه 1961 بتعديل قانون الإصلاح الزراعي فانه يكون بذلك قد اثبت ان استحالة تنفيذ هذا الالتزام ترجع الى سبب أجنبي وإذا كان وقوع الاستحالة لهذا السبب الأجنبي لا يعفى الطاعن من رد الثمن الذي قبضه بل ان هذا الثمن واجب رده فى جميع الأحوال التى يفسخ فيها العقد أو ينفسخ بحكم القانون بحكم القانون وذلك بالتطبيق لحكم المادة 160 من القانون المدنى ويقع الغرم على الطاعن نتيجة تحمله التبعة فى انقضاء التزامه الذى استحال عليه تنفيذه وكان لا ينفى هذه الاستحالة ان المطعون عليه استمر يضع اليد على القدر المبيع ذلك ان واضع اليد على الأرض المستولى عليها يستمر ـ بحكم القانون ـ وضع يده عليها ويعتبر مكلفا بزراعتها مقابل دفعه سبعه أمثال الضريبه سنويا الى الهيئة العامة الإصلاح الزراعي حتى تقوم هذه الهيئة باستلامها فعلا فان الحكم المطعون فيه إذا قضى بإلزام الطاعن برد الثمن تأسيسا على انفساخ العقد لاستحالة تنفيذ الطاعن التزامه بنقل الملكية يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ويكون غير منتج دفاع الطاعن بان المطعون عليه هو الذي أهمل فى تسجيل عقده أو فى التقدم الى اللجنة القضائية الإصلاح الزراعي لاعتداد بهذا العقد (1971/3/2 طعن 303 لسنه 36 ق ـ م نقض م ـ 22 ـ 244) وبأنه " مفاد نص المادة 159 من القانون المدنى ان العقد ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون إذا انقضى الالتزام باستحالة تنفيذه و كانت هذه الاستحالة ترجع الى سبب أجنبي والمقرر ان انفساخ العقد بحكم القانون يترتب عليه من الأثر ما يترتب على فسخه بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق فيعاد المتعاقدان الى حاله التى كانا عليها قبل العقد طبقا لما تقضى به المادة 160 من القانون المدنى " (1977/12/28 طعن 188 سنه 44 ق)

اثر الفسخ بالنسبة الى الغير :

القاعدة انه يحتج بالأثر الرجعى للفسخ على غير ممن تربطه علاقة بأحد العاقدين ويترتب على ذلك ان يتأثر الغير بهذا الفسخ إذا كان قد تلقى حقا من أحد المتعاقدين على إلى موضوع العقد قبل فسخه إذا يزول هذا الحق تبعا للفسخ فإذا كان العقد بيعا وباع المشترى العين إلى أخر أو رتب عليها حقا عينيا كرهن أو ارتفاع ثم فسخ العقد الاصلى استرد البائع العين خاله من اى حق عليها للغير يخفى ان أعمال الأثر الرجعى للفسخ فى مواجهه الغير يمثل خطرا كبير على هذا الغير الذى تلقى حقا من أحد أطراف العقد الذي فسخ ولمواجهه هذا الخطر فقد وضع المشرع عدة أحكام لتوفير الحماية للغير فمن حهه إذا كان الشي محل التعاقد عقارا فانه يجب تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها على هامش تسجيل العقد المطلوب فسخه حتى يكون الحكم بالفسخ حجة على من يكتسب حقا عينيا بحسن نيه بعد رفع دعوى الفسخ أما إذا كسب الغير حقا عينيا على العقار قبل تسجيل دعوى الفسخ فان حق هذا الغير يسرى فى حق البائع إذا كان هذا الغير حسن النية أي لا يعلم وقت ان كسب حقه بوجود سبب للفسخ ويلاحظ ان المشرع قد نظم شهر صحيفة دعوى الفسخ فى مجال الملكية العقارية الأمر الذى يترتب عليه علم المشترى بكافه الدعاوى التى تهدد ملكية المتصرف ومن جهته ثانية إذا كان الشي محل التعاقد منقولا وتسلمه الغير حسن النية كان له ان يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز فهذه القاعدة وهى سند الملكية توفر الحماية للغير فالمشترى الحائر يستطيع التمسك بهذه القاعدة فى مواجهه البائع وتكون الحيازة سبب ملكيته ومن جهة ثالثه إذا كسب الغير حقا بمقتضى عقد من عقود الإدارة كالإيجار بقى هذا الحق قائما رغم فسخ العقد سند الصادر فى القيام بأعمال الإدارة حيث تنفيذ فى مواجهه المتعاقدين أعمال الإدارة التى يجربها أحدهما قبل وقوع الفسخ فالإيجار الذى يبرمه المشترى يظل قائما ونافذا أي ان حق المستأجر يظل قائما ونافذا رغم فسخ عقد البيع فأعمال الإدارة لا تهدد راس المال ولا يوثر فى حقوق و المتعاقد الذى يسترد المال أو الشي موضوع العقد الذى فسخ لكن يشترط فى الغير ان يكون حسن النية أي لا يعلم وقت ان كسب حقه بما يهدد سند المتعاقد معه من أسباب الفسخ . (الصدة ـ حسام الاهوائى ـ السنهورى ـ شرف الدين)

وقد قضت محكمة النقض بان : لما كانت المادة 160 من القانون المدنى تنص على انه فسخ العقد اعيد المتعاقدين الى الحاله التى كانا عليها قبل العقد وكان يترتب على الفسخ انحلال العقد بالنسبة الى الغير بأثر رجعى فانه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع ان تعود المبيعه الى البائع ولا تنفذ فى حقه التصرفات التى ترتبت عليها كما يكون للمشترى ان يرجع على بائعه بالثمن بدعوى مستقلة إذا امتنع هذا البائع عن رده إليه وذلك كأثر من أثار فسخ العقد " (1966/3/24 طعن 188 لسنه 32 ق ـ م نقض م ـ 17 ـ 708)

ويجوز الحكم مع الرد بالتعويض :

وقد قضت محكمه النقض بان : للدائن الذى أجيب الى فسخ عقده أن يرجع بالتعويض على المدين إذا على أساس المسئولية التقصيرية وليس على أحكام المسئولية العقدية ذلك أن العقد بعد أن يفسخ لا يصلح أساسا لطلب التعويض وإنما يكون أساسه هو خطأ المدين وتخضع دعوى التعويض الناشئة عنه لقواعد المسئولية التقصيرية وللتقادم المسقط المنصوص و عليه فى المادة 172 من القانون المدنى بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه (1990/12/5 طعن 643 سنه 55 ق ـ م نقض م ـ 41 ـ 849) وبأنه " التسليم هو واقعة مادية يجوز إثباتها بكافه طرق الإثبات إذا العبرة بحقيقة الواقع وان خالف الثابت بالأوراق ومؤدى نص المادة 160 من القانون المدنى انه إذا فسخ العقد سقط أثره بين المتعاقدين واعتبر كان لم يكن واعد المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد وان الريع يعتبر بمثابة تعويض لصاحب العقار المغتصب مقابل ما حرم من ثمار ويلزم به من ارتكب العمل غير المشروع وهو الغضب وان لمحكمه الموضوع سلطه تقدير عمل الخبير ولها أن تأخذ بالتقرير كله أو أن تأخذ ببعض ما جاء به و باطراح البعض الأخر "(1991/5/15 طعن 2551 سنه 55 ق ـ م نقض ـ 42 ـ 1119) وبأنه " لقاضى الموضوع متى انفسخ البيع استحقاق المبيع ووجب على البائع رد الثمن مع التضمينات ان يقدر هذه الضمينات بمبلغ معين يلزم به البائع علاوة على الثمن أو ان يحسب عليه الثمن بالفوائد التى يعوض بها على المشترى ما خسره وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانونيا بسبب نزع الملكية والاستحقاق وليس على القاضى إذا جرى الفوائد التعويضية على البائع أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار إليها فى المادة 124 من القانون المدنى التقديم الذى يحكم واقعة النزاع " (1972/2/29 طعن 200 لسنه 37 ق ـ م نقض م ـ 23 ـ 261)

وإذا كان المشترى قد أقام منشئات على العين المبيعة سرت أحكام الالتصاق وتتحدد على هذا الأساس حدود التزامات كل من الطرفين تبعا لحسن نية من أقام المنشئات أو سوء نيته :

وقد قضت محكمة النقض بان: نص المادة 160 من القانون المدنى يدل على ان فسخ العقد اتفاقا أو قضاء يترتب عليه انحلال العقد واعتباره كان لم يكن وتعود الحال الى ما كانت عليه قبل العقد فإذا كان العقد بيعا وفسخ رد المشترى المبيع الى البائع الثمن الى المشترى فإذا كان المشترى قد أقم بناء على العين المبيعة اعتبر بانيا بسوء نية مادام الفسخ قد ترتب بسبب أن من جهته وفى هذه الحالة تطبق القاعدة المقررة فى المادة 924 من القانون المدنى التى تنص على انه إذا قام شخص بمواد من عنده منشئات على ارض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض كان لهذا ان يطلب أزاله المنشئات على نفقه من أقامها مع التعويض إن كان له وجه وذلك فى ميعاد سنه من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشئات أو أن يطلب استبقاء المنشئات مقابل دفع قيمتها مستحقة الازاله أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشئات ويجوز لمن أقام المنشئات ان يطلب نزعها ان كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا ألا إذا اختار صاحب الأرض ان يستبقى المنشئات طبقا لاحكام الفقرة السابقة وذلك بالنسبة لحق البائع فى طلب أزاله ما يكون المشترى قد أقامه من مبان على الأرض المبيعه أو استبقاؤه مع دفع المقابل وكذلك حق المشترى الذى أقام البناء على الأرض التى عادت ملكيتها الى البائع بفسخ العقد وبيان قدر المقابل الذى يستحقه عند إزالته البناء ولا يتصور فى هذه الحالة أعمال القاعدة الواردة فى تلك المادة والتى تقيد حق صاحب الأرض فى طلب أزاله البناء بان يكون طلبه خلال سنه من يوم علمه باقامه البناء ذلك انه طالما ان العقد مازال قائما لم يفسخ فلا يتصور إلزام البائع بذلك القيد عند طلبه الازاله لان ذلك الطلب لن يكون ألا بعد احلال العقده ، ومن ثم فان ذلك القيد الزمني فى طلب الازاله لا يسرى فى حق البائع ألا من تاريخ النهائي بفسخ العقد إذا كان عالما باقامه المنشات قبل ذلك أو تاريخ علمه بأقلمتها إذا كان العلم بعد الفسخ وفى جميع الأحوال فان الحق البائع فى طلب الازاله يسقط بمضى خمسه عشر عاما من تاريخ الحكم إذا كان ذلك فانه يكون غير منتج النعى على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون إذا احتسب مدة السنة من تاريخ علم المطعون عليهما باقامه المنشات قبل فسخ العقد طالما انه انتهى صحيحا الى رفض الدفع بسقوط حقها فى طلب الازاله "

(1977/12/15 فى الطعن رقم 472 سنه 44ق ـ م نقض م ـ 28 ـ 1821)

ويكون لكل من العاقدين بعد الفسخ حبس ما استوفاه حتى يسترد ما له فى ذمة الطرف الآخر ، كما يمكن إجراء المقاصة :

وقد قضت محكمه النقض بان " ثبوت حق المشترى فى حبس قيمه الثمار الى يستوفى من البائع ـ بعد فسخ عقد البيع ـ ما هو مستحق له فى ذمته من فوائد ما دفعه من الثمن لا يمنع من الحكم بقيمة الثمار المستحقة للبائع ان يكون تنفيذ هذا الحكم مشروطا بإبداء البائع للمشترى ما هو مستحق له فى ذمته من فوائد ما قبضه من الثمن من تاريخ الوفاء " (1968/6/27 طعن 492 لسنه 34 ـ م نقض م ـ 19 ـ 1234) وبأنه "وان كان يترتب على انفساخ عقد البيع ان يعاد العاقدان الى الحاله التى كانا عليها قبل العقد فيرد المشترى المبيع وثمار إذا كان قد تسلمه ويرد البائع الثمن وفوائده ألا ان استحقاق البائع لثمار المبيع يقابل استحقاق المشترى لفوائد الثمن وتحصل المقاصة بينهما بقدر الأقل منهما " (1968/2/22 طعن 217 لسنه 34 ق ـ م نقض ـ 19ـ 345)

ولما كان واضحا أن البطلان – بنوعيه – إنما يرجع إلى سبب ملابس لتكوين العقد أى مقترن به فلا يجوز أن يرجع على سبب لاحق لنشأة العقد سليما ، فإنه يتميز بذلك تماما عن الفسخ الذى يفترض قيام العقد صحيحا وإنتاجه آثاره القانونية ومنها ترتيبه التزامات فى ذمة طرفيه ثم إخلال احد الطرفين بالتزاماته بما يتيح فسخ العقد كجزاء على هذا الإخلال فسبب الفسخ لابد وان يكون لاحقا لإنشاء العقد على خلاف البطلان الذى لابد وأن يكون سببه مقترنا بنشأة العقد . (محمد كمال عبد العزيز فى التقنين المدنى ص860)

أحكــام النقــض :

الانفساخ المدنى على الشرط الفاسخ الضمنى . مادة 157 مدنى للمدين أن يتوقاه بالدين إلى ما قبل صدور الحكم النهائى ، ما لم تبين المحكمة أنه مما يضار به الدائن . (الطعن رقم 191032 سنة 54ق جلسة 1986/5/28)

انفساخ العقد كأثر لتحقيق الشرط الصريح الفاسخ توقفه على طلب من تقرر لمصلحته ، جواز تنازلا عن الشرط صراحة أو ضمنا ولو بعد تحققه ، قبض البائع - دون أن تحفظ الباقى من الثمن بعد الموعد المحدد للوفاء به - قد يعتبر تنازلا عن أعمال الشرط الصريح الفاسخ ، قضاء الحكم بانفساخ العقد دون بحث اثر هذا الوفاء خطأ فى تطبيق القانون .(نقض مدنى - الطعن رقم 405 ق جلسة 1985/10/17)

فسخ العقد لعدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه ، شرطه التخلف عن الوفاء بالثمن بغير حق ، ثبوت حق المشترى قانونا فى حبس الثمن ، مؤداه ، لا محل لإعمال الشرط الفاسخ ولو كان صريحا . (الطعن رقم 2022 سنة 54 ق جلسة 1986/5/28)

التفاسخ ، شرطه ، تقابل إدارة المتقاسمين ، عدول أحد العاقدين عن عقد البيع دون باقى أطرافه ، لا يعد تفاسخا . (الطعن رقم 912 سنة 52ق جلسة 1987/2/22)

الدفع بعدم التنفيذ ، اقتصاره على ما تقابل من التزامات طرفى التعاقد ، العبرة بإراداتهما ، لمحكمة الموضوع حق استظهارها المادة 161 مدنى . (الطعن رقم 702 سنة 51ق جلسة 1985/11/6)

محكمة الموضوع لها رفض طلب الفسخ إذا رأت ما لم يتم تنفيذه قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته . مادة 157 مدنى . (الطعن رقم 458 سنة 54ق - جلسة1987/6/9)

التفاسخ يكون بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين ، قضاء محكمة الموضوع بالتفاسخ الضمنى ، وجوب بيان كيفية تلاقى إرادة طرفى العقد على حلة بأسباب سائغة . (الطعن رقم 198 سنة 52ق جلسة 1985/12/19)

الاتفاق على الشرط الصريح فى عقد البيع عند تخلف المشترى عن سداد أى قسط من الثمن ، أثره ، قبول البائع الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة الفسخ أو تملك المشترى بان البائع لم يسع إليه فى موطنه لاقتضاء أى قسط من الثمن فى موعده ، مؤداه ، وجوب تجاوز المحكمة عن أثر الشرط . (الطعن رقم 53 سنة 51ق جلسة 1986/12/2)

الشرط الفاسخ المقرر جزاء عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه ، عدم تحققه إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق ، قيام حق المشترى فى حبس الثمن ، لا محل لإعمال الشرط الفاسخ ولو كان صريحا الحكم وصحة ونفاذ العقد لا يغنى عن تقديم مستندات ملكية البائع ، حق المشترى فى حبس الثمن حتى يوفى البائع بهذا الالتزام . (الطعن رقم 1502 سنة 52ق جلسة1986/1/9)

الشرط الفاسخ الصريح ، يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ، مناط ، تثبت المحكمة من قيامه ومراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله ، إسقاط الدائن خياره فى طلب الفسخ ، مؤداه . التجاوز عن الفسخ الاتفاقى ، استخلاص ذلك ، استقلال محكمة الموضوع به . (الطعن رقم 1519 ق – جلسة 1987/4/1)

سقوط الالتزام الاصلى بفسخ العقد ، أثره ، سقوط الشرط الجزائى الوارد به ، وجوب تقدير التعويض وفقا للقواعد العامة ، عبء إثبات الضرر ، وقوعه على عاتق الدائن . (الطعن رقم 2418 سنة 52ق جلسة 1986/5/6)

محـــل البطـــلان

يتمثل محل البطلان فى التصرف القانونى .

والمقصود بالتصرف القانونى هو اتجاه الإرادة الإستئنافيه إلى إحداث أثر قانونى بالتغيير عنها . (رمضان جمال كامل فى الموسوعة الحديثة فى البطلان ص105)

والتصرف القانونى قد يتحقق تلاقى إرادتين متطابقتين بإيجاب وقبول كالبيع وسمى عقد وقد يتحقق بإرادة واحدة منفردة .

الإرادة المنفـــــردة

سبق أن أشرنا إلى أن التصرف القانونى قد يكون إرادة واحدة أى إرادة منفردة أو عقدا يتم بتوافق إرادتين على الأقل .

والإرادة المنفردة يقصد بها التعهد المنفرد الذى يترتب عليه التزام المتعهد دون حاجة إلى أن يقبل هذا التعهد من شخص آخر والحالات التى ينشأ فيها الالتزام بالإرادة المنفردة حالات قليلة من أمثلتها :

إنشاء الأوقاف .

إنشاء المؤسسات الخاصة .

الوصية .

النزول عن الحق الشخصى .

النزول عن الحق العينى .

النزول عن التعاقد بالعربون .

المرجع عن الهبة .

العقـــــــد

التعريف بالعقد :

العقد هو توافق أو ارتباط بين إرادتين أو أكثر بقصد تحقيق آثار قانونية معينة . (جميل الشرقاوى ص44 ، مرجع سابق)

العقد هو كما تصرف قانونى صادر عن رضاء يعتد به القانون ويقصد به أحداث مركز قانونى فور إبرامه . (أنور طلبه ص347 ، مرجع سابق)

وقد نصت المادة 89 مدنى على أن " يتم العقد بمجرد أن يتبادل عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " العقد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يصدق على كل اتفاق يراد به إحداث اثر قانونى فإن إسباغ وصف المتعاقد إنما ينصرف الى من يفصح مع إرادة أخرى على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله فى خصوص موضوع معين يحدد العقد نطاقه ، دون أن يعتبر بإطلاق كل من ورد ذكره بالعقد انه احد أطرافه طالما لم يكن له صلة بشأن ترتيب الأثر القانونى الذى يدور حول النزاع الناشئ بسبب العقد وهو أمر من مطلق حق قاضى الموضوع مستمد من حقه فى تفهم الواقع فى الدعوى ولا معقب عليه فيه مادام استخلاصه سائغا " (نقض 1985/3/31 طعن 794 س52ق)

أقســام العقــد :

أولاً : من حيث التكوين

(1) العقد الرضائى : والعقد الرضائى هو ذلك العقد الذى يتم بمجرد تلاقى إرادات أطرافه ، بعد أن يعبروا عن هذه الإرادات على أية صورة يرغبون ، أى هو العقد الذى لا يلزم للتعبير عن الإرادة فيه شكل خاص يفرضه القانون ، كما لا يلزم فيه اقتران التعبير عن الإرادة بأى عمل أو إجراء آخر . (جميل الشرقاوى ص53 ، مرجع سابق)

مفاد ذلك أن العقد الرضائى لا يشترط لانعقاده إلا الرضاء بتوافر الإيجاب والقبول حتى ولو اشترط لإثباته شكلا خاصا ، فإن لم يتوفر هذا الشكل لجار إثباته بالإقرار أو اليمين مثل ذلك عقد إيجار الاراضى الزراعية بالنسبة للمؤجر الذى لا يجوز له إثباته إلا بالكتابة أما المستأجر فله الإثبات بكافة الطرق . (أنور طلبه ص350 ، مرجع سابق)

(2) العقد الشكلى : وهذا العقد لا يكفى لإبرامه مجرد إبداء الرضاء به من طرفيه وتلاقى اراداتهما بل يلزم فيه إما أن يتم التعبير عن الارادات فى شكل معين . (جميل الشرقاوى ، مرجع سابق)

ولا يوجد إلا إذا توافر الشكل الذى تطلبه المشرع وغالبا ما تتمثل الشكلية فى الرسمية بأن يحرر الموثق بالشهر العقار العقد ويوثقه ويسلم لكل طرف صورة ويكون العقد فى هذه الحالة سندا تنفيذيا يذيل بالصيغة التنفيذية التى تذيل بها الأحكام فيغنى عن استصدار حكم ويسمى (عقد رسمى) ويتم فى المعارضات عندما يرغب المتعاقدان فى ذلك ، وتكون الشكلية هنا إرادية (أنور طلبه ص351 ، مرجع سابق)

ويلاحظ أن استلزام شكل معين فى الرضاء بالعقد ، يترتب على إصدار الرضاء دون إتمامه ، بطلان التصرف وعدم انعقاد العقد ، هذا الاستلزام لا يكون الا بحكم القانون أى بقاعدة يفرضها القانون ، ولا يكفى لذلك اتفاق أطراف العقد على استلزام هذا الشكل ، وان كان من الجائز أن يعلق أطراف العقد ، بالاتفاق بينهم بالتزامهم نهائيا به على إتمامه فى صورة معينه كوثيقة فى محرر رسمى . (جميل الشرقاوى ص55 ، مرجع سابق)

(3) العقود العينية : وهذا العقد لا يكفى فيه مجرد التراضى بل يلزم لانعقاده تسليم العين محل هذا العقد ، ومن أمثلة العقود العينية عقد هبة المنقولات (إذا لم يتم فى صورة رسمية) إذ يعتبر صحيحا وتماما إذا اقترن بالهبة من جانب الواهب بتسليم المنقول الموهوب ، إلى الموهوب له . (المادة 3/488 مدنى)

ثانيا : من حيث الموضوع

(1) العقد المسمى : وهو ما أطلق عليه القانون اسما معينا ونظم أحكامه والعقود المسماة فى التقنين المدنى نذكر منها البيع والإيجار والعارية والوديعة والهبة والمقايضة والصلح وغيرها .

(2) العقد غير المسمى : وهو العقد الذى لم يخص القانون باسم معين ولم ينظم أحكامه وبالتالي يخضع للقواعد العامة المقررة للعقود ، ومن أمثلة ذلك الوعد بالإيجاز .

ثالثا : من حيث الطبيعة

(1) العقد المحدد : وهو العقد الذى يمكن تحديد قيمة (أو مقدار) ما يلتزم به كل من طرفيه منذ إبرامه ، فالبيع عقد محدد لان البائع يلتزم بقيمة المبيع والمشترى يلتزم بالثمن ، وكل منهما يحدد منذ إبرام العقد .

(2) العقد الإحتمالى : وهذا العقد لا يمكن بموجبه معرفة حدود التزامات وحقوق كل من طرفيه بمجرد انعقاده ، فعقد التأمين عقد احتمالى إذ لا يمكن عند التعاقد معرفة عدد الأقساط التى سوف يدفعها المؤمن له ولا متى يدفع المؤمن مبلغ التأمين .

(3) العقد الفورى : وهو ذلك العقد الذى يمكن أن تنفذ الالتزامات المترتبة عليه فى الحال ، أى فورا دون أن تحتاج بطبيعتها أو وفقا للغاية منها ، إلى مضى زمن معين.

أى أن العقد الفورى لا يدخل الزمن عنصرا فيه ، فيتم عنصرا فيه ، فيتم فور انعقاده حتى لو أرجئ التنفيذ فالبيع عقد فورى لأن الزمن ليس عنصرا فيه حتى لو أرجئ تسليم المبيع أو كان الثمن مقسطا .

ومن أمثلة العقود الفورية :

البيع والمقايضة فهما عقدان فوريان ، فنقل ملكية المبيع والحق المقايض عليه ، أو الوفاء بالثمن ، يمكن أن تنفذ فى الحال ومرة واحدة ولا تحتاج بالضرورة إلى زمن لتنفيذها ، ويظل عقد البيع عقدا فوريا ولو قسم أداء الثمن على فترات زمنية ، اى ولو كان بيعا بالتقسيط لان الزمن فى هذه الحال لا يعتبر عاملا فى تحديكم الالتزام أو قياس مقداره ولا يؤثر طوله أو قصره على هذا المقدار ، فالزمن فى مثل هذا العقد وسيلة تنظيم الوفاء بالثمن لا أكثر ، ولهذا فهو عنصر عرضى فى عقد البيع وليس عنصرا جوهريا فيه ، مادام لا يؤثر على كم الالتزام ومقداره . (جميل الشرقاوى ، مرجع سابق)

(1) العقد الزمنى : وهو العقد الذى يكون الزمن أو المدة عنصرا جوهريا فيه ، فلا يتصور بدونه ، مثل عقود الإيجار ، فإن الزمن عنصرا جوهريا بالنسبة لها .

فالزمن فى مثل هذه العقود أداة لقياس كم الاداءات أو الالتزامات ، ولذا تسمى عقودا زمنية أو عقود مدة وفى الأمثلة السابقة يعتبر الزمن عنصرا جوهريا بسبب طبيعة الالتزامات الناشئة به ، فالمنفعة بالعين المؤجرة والاستفادة من جهد العامل تنطوى بالضرورة على عنصر الزمن .

رابعا : من حيث الأثر

(1) العقد الملزم لجانب واحد : وهو العقد الذى لا ينتج التزامات إلا على عاتق احد طرفيه دون الآخر ، كالهبة التى لا تنشأ الالتزامات بها إلا على الواهب (التزام نقل ملكية المال الموهوب إلى الموهوب له) وكالوديعة بغير اجر حيث لا ينشا بها التزام إلا على المودع لديه ، وهو التزامه بالمحافظة على الشئ المودع ورده عند طلبه من المودع .

(2) العقد الملزم للجانبين : وهو العقد الذى يرتب على التزامات على عاتق كل من طرفيه اى انه " ينشئ التزامات متقابلة ، كما فى البيع فيلتزم البائع بالتسليم ونقل الملكية والضمان ويلتزم بتسليم المبيع ودفع الثمن ، وكما فى الايجار والشركة والفرض وغيرها .

(3) عقد المعارضة : هو العقد الذى يتلقى كلى طرف فيه مقابلا لما يلتزم به فى العقد مثال ذلك عقد البيع ففيه يأخذ البائع الثمن من المشترى ويأخذ المشترى المبيع من البائع.

(4) عقد التبرع : ويعطى بموجبه احد المتعاقدين شيئا إلى المتعاقد الآخر دون أن يأخذ منه مقابلا ، مثل الهبة بدون عوض والقرض بدون فائدة والوكالة بدون أجر . (أنور طلبه مرجع سابق)

ويلاحظ أن وصف التبرع يعتبر وصفا لتصرف كل متعاقد من أطراف العقد ، وليس وصفا للعقد بالنسبة لطرفيه ، فالهبة بالنسبة للواهب من إعمال التبرع ، والموهوب له متبرع له ولكن تصرفه تبرعا فهو يتلقى التبرع ، ويحصل من العقد على فائدة محض ، ولذا لا يمكن القول بأنه متبرع ، أما وصف المعاوضة فإن تحقق فى عقد ، فهو وصفا لتصرفات كل طرف فيه . (جميل الشرقاوى ، مرجع سابق)

ويقول السنهورى أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة لأحد المتعاقدين وتبرعا بالنسبة للتعاقد الآخر ، ذلك لأن المعاوضة لا يشترط فيها أن يكون المعاوض قد أعطى المتقابل للمتعاقد الآخر كما أن عقد التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للتعاقد الآخر ، ويرى لذلك أن عقد الكفالة معاوضة بالنسبة للدائن المكفول لأنه اخذ كفالة فى مقابل إعطاء الدين ، وهو بالنسبة للكفيل يكون تبرعا إذا لم يأخذ أجرا عن كفالته إذ يكون قد أعطى دون أن يأخذ . (الوسيط فقره 85)

ويشترط لاعتبار العقد تبرعا توافر عنصرين عنصر مادى وهو انعدام المقابل ، وعنصر نفسى وهو نية التبرع .

خامسا : من حيث المقومات

(1) العقد الإدارى : والعقد الإدارى هو العقد الذى يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما يتعاقد بوصفه سلطة عامة ، وان يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " العقد الادارى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو العقد الذى يبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد ادارى مرفق عام بمناسبة تسييره ، ويظهر فيه نيته فى الأخذ بأحكام القانون العام ، وذلك بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص ، أو يحيل فيه على اللوائح الخاصة به " (نقض 2000/4/4 طعن 178 س69ق)

(2) العقد المدنى : فليس كل عقد تبرمه الإدارة متعلقا بمرفق عام يعتبر عقدا إداريا إذ يصبح اعتباره عقدا مدنيا إذا تبين منه أن نية الإدارة لم تنصرف إلى الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه مما يتطلب تقديم العقد لمحكمة الموضوع فإن قدم بدلا منه مستند متضمن شروط المقاولة لم تتضح منه تلك النية فلا تثريب على هذه المحكمة إن فصلت فى النزاع باعتبار العقد مدنيا ، ولا يجدى بعد ذلك تقديم العقد لمحكمة النقض .

يتضح إذن أن الفيصل فى التمييز بين العقد الإدارى والعقد المدنى ليس بتسميته أو عدم تسميته فى القانون المدنى إنما بمدى توافر الشروط اللازمة لاعتبار العقد إداريا كما حددناها فيما تقدم وهى أن يكون احد أطرافه من أشخاص القانون العام وأن يتصل العقد بمرفق عام وأن يتضمن شروطا غير مألوفة فى القانون الخاص .

وقضت محكمة النقض بأنه " متى كان العقد المبرم بين جامعة عين شمس وبين المطعون ضده بشأن إقامة خيام للجان الامتحان وتوريد مقاعد لها – قد تضمن تحويل الجامعة سلطة توقيع الغرامة على المطعون ضده عند تأخيره فى تنفيذ التزامه وسلطة التنفيذ المباشر وذلك بغير حاجة إلى تكليف رسمى أو اتخاذ اى إجراء آخر وتخويلها أيضا الحق فى استيفاء ما يستحق لها من غرامة ومن زيادة فى التكاليف الناتجة عن قيامها بالتنفيذ المباشر ومن مصاريف إدارية عن طريق خصمه مباشرة من أى مبلغ مستحق للمطعون ضده لديها أو لدى أية مصلحة أخرى ثم حرمان الأخير من الحق فى الاعتراض على تقدير الجامعة لم تستحقه من ذلك كله – فان هذه الامتيازات التى يمنحها العقد للجامعة امتيازات غريبة على القانون الخاص وتخرج عن المألوف فيه وتكشف عن نية المتعاقدين فى اختيار وسال القانون العام ، وإذا كانت الجامعة وهى أشخاص القانون العام طرفا فى العقد ، وكان العقد متصلا بمرفق عام ويحقق غرضا من أغراضه ، فإن هذا العقد يعتبر لذلك عقدا إداريا ، ولا يقرح فى ذلك ما استند إليه الحكم المطعون فيه فى اعتبار العقد مدنيا من انه عقد إجارة مسمى فى القانون المدنى وله أحكامه الخاصة فى هذا القانون ، ذلك أن الفيصل ف التمييز بين العقد الادارى والعقد المدنى ليس بتسميته او عدم تسميته فى القانون المدنى بل باستيفائه أو عدم استيفائه للشروط الثلاثة المتقدمة الذكر وهى أن يكون احد أطراف العقد من أشخاص القانون العام وان يكون العقد متصلا بمرفق عام وان يتضمن شروطا غير مألوفة فى القانون الخاص " (1965/11/11 س16 ص1048)

عقود المساومة وعقود الإذعان :

ويقصد بعقود المساومة تلك العقود التى تجرى المساومة فى شروطها وتوضع بحرية بين المتعاقدين .

أما عقود الإذعان فهى تلك العقود يخضع فيها احد طرفى العقد للشروط التى يستأثر بحق وضعها الطرف الآخر الذى لا يقبل مناقشتها ، وهذا هو ما يحدد به الشارع معنى الإذعان فى المادة 100 من القانون المدنى التى تنص عنه أن " القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها " .

أى أنه فى عقود الإذعان ترضخ إرادة احد الطرفين للطرف الآخر الذى يفرض شروط العقد ولا يكون للطرف الأول إلا القبول بالشروط المفروضة دون مناقشتها .

أسبـــاب البطــلان

أسبــاب البطــلان

تمهيـد :

يكون التصرف القانونى غير صحيح إذا فقد ركنا من أركانه .

ولعل أهم مصدر من مصادر الالتزام تظهر فيه أركان التصرف القانونى بوضوح هو العقد .

وأركان العقد هى الرضا والمحل والسبب وفقد أى ركن من هذه الأركان يجعله غير صحيحا .

وسنلقى الضوء على هذه الأركان ونبين اثر فقدها على التصرف القانونى .

أولا : عيوب الرضا وأثرها على التصرف القانونى

فكما ذكرنا أن الرضا هو ركن من أركان العقد لأن العقد ما هو إلا توافق أو ارتباط بين ارادتين أو اكثر، ولكن حتى يتم هذا الارتباط بين الارادات ، وينشأ العقد لابد من أن تكون كل إرادة متوافرة على الشروط التى تجعلها صحيحة فى نظر القانون ، وصالحة بالتالى لتكوين الرابطة العقدية .

شـــروط الإرادة :

أن يتم التعبير عن هذه الإرادة ، وفى الصورة التى يوجبها القانون .

أن تكون إرادة سليمة ، أى مبرأة من العيوب .

أن تكون غير معارضة لقواعد القانون ، أى أن تكون ، فيما تنصب عليه من محل ، وما تهدف إليه من غاية (سبب) إرادة مشروعة .

وسوف نتناول هذه الشروط بشئ من التفصيل على النحو التالى :

1- التعبير عن الإرادة :

والقانون لا يستلزم وقوع التعبير عن الإرادة فى صورة بعينها ، بل يجعل حرية التعبير عن الإرادة هى الأصل أو القاعدة العامة ، وهذا يعنى أن القانون إن لم يحدد صورة خاصة للتعبير عن الإرادة فى حال معينة ، فإن لصاحب الإرادة أن يختار الصورة التى يريد ، فى التعبير عن إرادته .

والتعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود ، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا كما يجوز أن يكون هذا التعبير ضمنيا ، هذا ما لم يكن التعبير الصريح واجبا بحكم خاص فى القانون أو بمقتضى الاتفاق بين الأفراد . (جميل الشرقاوى ، مرجع سابق)

فقد نصت المادة 90 مدنى على أن " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقية المقصود .

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا .

التعبير الصريح :

يكون بالكشف عن الإرادة بالطريقة عن الإرادة المباشرة والصورة المألوفة بين الناس ، أى بالأسلوب المتعارف عليه ، ولا يلزم أن يكون التعبير الصريح ألفاظا أو كتاب ، بل يمكن أن يتم بغيرهما ، فالتعبير الصريح قد يكون باللفظ أى بالكلام الذى يفصح به المتكلم عن قصده ، وقد يكون الكلام فى مواجهة الغير أو بالتليفون أو بوساطة رسول ، كما يكون التعبير الصريح بالكتابة أو بالإشارة كهز الرأس عموديا بالموافقة ، أو أفقيا بالرفض ، ويكون التعبير الصريح كذلك باتخاذ موقف معين بقطع فى الدلالة على المقصود . (جميل الشرقاوى ، مرجع سابق)

أى أن التعبير فيكون صريحاً بكل عمل يدل صراحة على إرادة الشخص ، كتابة أو قولا أو إعلانا أو بالإشارة أو بالحركة التى تعارض الناس على دلالتها ، فالبائع يفصح صراحة عن إرادته بعرض سلعة بمحله عليها ثمنها أو ثمن الوحدة منها ، والسيارة الأجرة تقف بالمكان المعد لها أو تكون سائرة ويدل وضع العداد الخاص بها على إرادة قائدها . (أنور طلبه ، مرجع سابق ص375)

التعبير الضمنى :

فهو الكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشرة ، أى بطريقة ليست هى الصورة المألوفة لإظهار الإرادة فى المعنى المقصود ، ولكن هذا المعنى ستفاد منها مع ذلك . (جميل الشرقاوى ، مرجع سابق)

أى أن التعبير الضمنى يستفاد مما يحيط بالواقعة من ملابسات ، فتصرف شخص بالبيع فى شئ عرض عليه شراؤه يدل على قبوله الشراء ، وبقاء المستأجر بالعين بعد إنتهاء مدة الإيجار يدل على رغبته فى عدم إنهاء العقد ، وتنفيذ الوكيل لأعمال الوكالة يدل على قبوله لها . (أنور طلبه ، مرجع سابق)

ولكن التعبير الضمنى عن الإرادة لا يكفى إذا كان القانون يتطلب شكلا خاصا فى التعبير عن الإرادة ، إذ يجب أن يتم هذا التعبير فى الشكل الخاص الذى يفرضه القانون ، ويكون التعبير صريحا فى هذه الحال .

مثال ذلك ما تنص عليه المادة 597 مدنى من أنه يلزم لإعفاء المستأجر الأصلى من ضمان وفاء الأجرة ممن ينزل إليه عن الإيجار ، لمصلحة المؤجر ، أن يصدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار ، وكذلك نص المادة 2/844 على ضرورة وجود " اتفاق صريح" على الإعفاء من الضمان فى القسمة " بين المتقاسمين " لتحقيق هذا الإعفاء.

والتعبير الضمنى لا يتصور فى تعبير يصدر أولا من أحد المتعاملين ، أى لا يكون التعبير ضمنيا فى الإيجاب بالعقد ، وإنما يمكن أن يكون كذلك فى التعبير عن قبول هذا الإيجاب .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إسقاط الحق بوصفه تعبيرا عن إرادة صاحبه فى التخلى عن منفعة يحميها القانون أو ينهى عنها لا يكون إلا صريحا أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على قصد الإسقاط حسبما تقضى بذلك المادة 90 من القانون المدنى وعلى ذلك فإن سكوت المؤجر عن استخدام حقه فى طلب فسخ عقد الإيجار لمخالفة المستأجر للشرط المانع من التنازل الوارد به لا يعد قبولا ينطوى على النزول عن ذلك الحق لانتفاء التلازم بين هذا الموقف السلبى والتعبير الإيجابى عن الإرادة" (1997/6/28 طعن 7862 لسنة 66ق) وبأنه " المقرر – فى قضاء المحكمة – إن إسقاط الحق بوصفه تعبيرا عن إرادة صاحبه فى التخلى عن منفعة مقررة يحميها القانون لا يكون إلأا صراحة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود منه " (1992/7/16 طعن 1150 لسنة 51 قضائية – م نقض م – 43 – 948) . وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن النزول الضمنى عن الحق المسقط له يجب أن يكون بقول أو عمل أو إجراء دال بذاته على ترك دلالة لا تحتمل الشك وهو ما ا يتحقق فى مجرد تأخير دفع المدين ببطلان إجراءات البيع والمزاد وسكوته عليه وعدم اعتراضه زهاء ما يقرب من سبع سنين " (1983/11/20 الطعون 1747 ، 1748 ، 1758 لسنة 51 ق – م نقض م – 34 – 1637) . وبأنه " تقدير الأدلة على قيام أحد طرفى العقد بالتنازل ضمنا عن حق من الحقوق التى يرتبها له العقد هو من مطلق سلطان محكمة الموضوع ، وحسب تلك المحكمة أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله دون أن تكون ملزمة بتتبع حجج الخصوم ومستنداتهم والرد عليها استقلالا مادام قيام الحقيقية التى اقتنعت بها وأوردت دليلها فيه الرد الضمنى المسقط لتلك الحجج والمستندات " (1984/12/12 طعن 584 لسنة 54ق – م نقض م – 35- 2083)

وبأنه " تعبير المستأجر عن إرادته فى التخلى عن إجارة العين المؤجرة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة كما قد يكون صريحا يصح أن يكون ضمنيا بأن يتخذ موقفا لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على انصراف قصده إلى إحداث هذا الأثر القانونى كما أنه وإن كان من واجب المؤجر تمكين المستأجر من الانتفاع بالشئ المؤجر إلا أنه لا تثريب على المستأجر إن هو ا ينتفع به فعلا مادام قائما بتنفيذ التزاماته تجاه المؤجر " (1979/12/15 طعن 1046 سنة 48ق – م نقض م – 30 العدد الثالث – 284) وبأنه " إذا أنذر أحد الشركاء شريكه فى الأطيان مكلفا إياه أن يسلمه نصيبه مفرزا وإلا كان ملزما بإيجاره على أساس مبلغ معين ، واستخلصت المحكمة استخلاصا سائغا من عبارة الإنذار صدور إيجاب من معلنه بتأجير أطيانه للمعلن إليه بالسعر المبين إليه لهذا الإيجاب قبولا ضمنيا من سكوته عن الرد على ما تضمنه الإنذار ، ومن استمرار وضع يده على الأطيان المشتركة – ومنها أطيان المعلن – مدة ثلاثة سنوات ، وكانت المحكمة فى ذلك كله لم تخرج عن ظاهر مدلول عبارة الإنذار – فإنها فى استنتاجها القبول الضمنى للإيجاب من هذه القرائن التى من شأنها أن تنتجه لا تكون قد خالفت القانون"(1949/4/21 طعن 201 سنة 17ق – م ق م – 3- 832)

والسكوت قد يعتبر فى بعض الأحوال تعبيراً ضمنياً عن قبول اتفاق معين :

فالسكوت قد يكون تعبيراً ضمنياً عن القبول وذلك رغم أن الأصل أنه لا ينسب لساكت قول ، أى أن الأصل أن الساكت لا ينسب إليه القبول أو الرفض ، والأحوال التى يمكن اعتبار السكوت فيها قبولا هى تلك التى يقضى القانون فيها بأن له هذه الدلالة ، بناء على حكم نص أو قاعدة عرفية أو اتفاق بين المتعاملين ، أو نظراً لما يحيط بالسكوت من ملابسات تقتضى استخلاص هذا القبول منه .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذ كان الطاعنون – المستأجرون – قد استدلوا على ما دفعوا به من تنازل الملاك السابقين عن حقهم فى اقتضاء ثمن المياه بسكوتهم عن ذلك مدة طويلة وكان مجرد السكوت عن المطالبة بالحقوق الدورية المتجددة لا يستقيم دليلا كافيا على التنازل عن الاتفاق المنشئ لها فإنه لا على الحكم المطعون فيه إذا لم يعتد بهذه القرينة وحدها لمجاورة الطاعنين فى دفاعهم " (1980/2/20 طعن 642 سنة 46ق – م نقض م – 31- 557)

وبأنه " إذا كان لمحكمة الموضوع سلطة تقدير الظروف الملابسة التى قد تحيط بالسكوت وتجعله دالا على القبول ، إلا أنها تلتزم بأن تورد الأسباب السائغة التى تقييم قضاءها وإلا تدع دفاعا للخصوم قد يتغير به وجه الرأى فى هذا التقدير دون أن تجيب عليه بأسباب خاصة " (1984/6/21 طعن 748 لسنة 46ق – م نقض م – 35 – 1706) وبأنه " الإقرار شرعا هو إخبار الإنسان عند ثبوت حق لغيره على نفسه ، والسكوت فى بعض المواقع يجعل الساكات مقرا بالحق بسكوت عنه كما يجعل المتكلم مقرا بالحق بكلامه وإن خالف القاعدة الفقهية القائلة لا ينسب لساكت قول ، ومن بينها لو هنا الناس الزوج بزواجه فسكت لزمه الزواج وليس له نفيه بعد أن أقر به لما كان ذلك فإن ما خلص إليه الحكم من إقرار ضمنى صدر من المتوفى بحصول زواجه من المطعون عليها السادسة فى سنة 1976 استقاه من مصاحبته لها إلى مجمع البحوث الإسلامية وتقريرها ذلك في مواجهته وقبوله له ليس فيه ما يعاب " (1978/3/1 طعن 27 سنة 45ق – م نقض م – 29 – 651) . وبأنه " الإقرار كما يكون باللفظ الصريح يجوز – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يستفاد من دلالة التعبير أو من السكوت فى بعض المواضع التى يعتبر الساكت فيها مقرا بالحق بسكوته استثناء من قاعدة إلا ينسب لساكت قول ومنها سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد بعد ولادته ، فقد اعتبر سكوته فى هذه الحالة إقرارا منه بأنه ابنه فليس له أن ينفيه بعد ذلك ، وكان ما أورده الحكم المطعون فيه فى مقام التدليل على ثبوت نسب المطعون عليها من أمها المتوفاة يتفق وصحيح القواعد الشرعية المعمول بها فى فقه الحنفية ذلك أنه حصل فى ظروف قيد ميلادها باعتبارها ابنة المتوفاة ، وتقديم الأخيرة طلبها لاستخراج صورة من هذا القيد فى اليوم التالى لإجرائه وتسلمها المستخرج موضحا به أنها والدة البنت المقيدة وعدم اعتراضها عى ذلك ، إقرار المتوفاة بأمومتها للمطعون عليها ، وهو تحصيل صحيح شرعا لجواز الاستدلال على ثبوت البنوة بالسكوت المفصح عن الإقرار به" (1978/2/22 طعن 17 سنة 46ق – م نقض م – 29- 568)

الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة :

الإرادة الباطنة هى التى يكنها الشخص فى داخله دون أن يفصح عنها ، أما الإرادة الظاهرة فهى ما يفصح الشخص عنها صراحة أو ضمنيا ، ويجب لينتج التعبير أثره أن تكون الإرادة الظاهرة مطابقة للإرادة الباطنة ، فإن اختلفت عنها فلا ينتج التعبير أثرا ، وقد يعترى الإرادة الظاهرة خطأ مادى وحينئذ يصحح وفقا للإرادة الباطنة .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " الصورية فى العقد هى اتخاذ مظهر كاذب بإرادة ظاهرة تخالف النية الحقيقية للطرفين ، والدفع بالغلط يعنى صدور التصرف عن إرادة معيبة الإقرار بصدور العقد عن إرادة صحيحة معيبة ، والدفع بالصورية وحدها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يحمل معنى الإقرار بصدور العقد عن إرادة صحيحة فلا يقبل بعده التمسك بأنه أبرم تحت تأثير عيب من عيوب الإرادة " (1994/7/12 طعن 349 سنة 60ق – م نقض م – 45- 1192) وبأنه " حق المستفيد من خطاب الضمان ينشأ من تاريخ وصول الخطاب إليه وعلمه به وطبقا لما يرد به من عبارات وذلك حتى انتهاء المدة المحددة به ، بحيث هذا الحق إذا لم تصل المطالبة إلى البنك المصدر للخطاب حتى نهاية التاريخ المحدد به ، ولا يعد تسليم الخطاب من قبل المستفيد إلى البنك المصدر له بعد انتهاء مدته تنازلا عنه إلا إذا تضمن الخطاب مثل هذا الاتفاق أو اقترن تسليمه إلى البنك بما يدل على تنازل المستفيد عما ورد به من حقوق ، لما كان ذلك وكان الحكم الإبتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد ارتكن إلى أن تسليم المطعون ضده لخطاب الضمان فى 1989/7/5 بعد انتهاء مدته لا يعد تنازلا عن هذا الخطاب لأنه طالب بقيمة هذه الخطاب بتاريخ 1989/6/25 وعاود هذا الطب بخطابه المؤرخ 1989/6/29 وذلك قبل انقضاء مدته المبينة به ، فإن ذلك يعد كافيا إقامة الحكم المطعون فيه " (1994/6/27 طعن 7304 لسنة 63ق – م نقض م – 45- 1125)

وقد ظهرت كل من نظرية الإرادة الظاهرة والإرادة الضمنية وكان لكل منهما مؤيد بها ومعارضيها .

نظرية الإرادة الظاهرة :

تقوم على أن الالتزام بالإرادة لا يؤسس على قوة الإرادة أو سلطانها ، وإنما يترتب على حكم القانون ، الذى يقرر هذا الالتزام استنادا إلى المظهر الإجتماعى للإرادة أو سلطانها ، وإنما يترتب على حكم القانون ، الذى يقرر هذا الالتزام استنادا إلى المظهر الإجتماعى للإرادة ، وهو التعبير عنها ، مما يعنى أن هذا التعبير ، دون الإرادة الحقيقية أو الباطنة ، هو مناط نشوء الآثار القانونية التى تنسب إلى الإرادة .

نظرية الإرادة الباطنة :

أن التزام الشخص بإرادته يقوم على مبدأ سلطان الإرادة ، ومن اللازم لذلك أن يقوم هذا الالتزام على الإرادة الحقيقية ، فيكون الاعتداد بهذه الإرادة ، ولا ينظر إلى التعبير عنها إلا باعتباره مظهرا لها ، فلا تكون له قيمة فى ذاته ، وإنما تكون قيمته بقدر صدقه فى الإفصاح عن حقيقية الإرادة ويكون لذى المصلحة أن يثبت الخلاف بين التعبير والإرادة لتمسك بهذه الإرادة .

إلا أن الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة ، فيما تنادى به من الاعتداد بالإرادة الحقيقية بصرف النظر عن التعبير عنها ، يصطدم مع اعتبار هام ، هو أن التعبير عن الإرادة هو الصورة الاجتماعية للإرادة ، وهو الذى يجعلها ظاهرة تدخل فى نطاق القانون ، فالقانون لا يعرف الإرادة إلا من خلال التعبير عنها ، وترتيب الأحكام القانونية يجب أن يتم ، أساس ا، بالنظر على هذا التعبير .

كذلك الأخذ بما يسمى الإرادة الظاهرة ، على إطلاقها ، غير متصور وكذلك لأن اعتدادها بالتعبير بهذه الصورة يرجعنا إلى شكلية تشبه شكلية القوانين القديمة مادام التعبير عن الإرادة يعد ترجمة صادقه للإرادة لا وجه لإثبات خلافه مع حقيقتها فى أى حال ، إذ يؤدى ذلك إلى الوقوف الجامد عند هذا التعبير الذى هو مظهر الإرادة .

وإذا نسب إلى القانون المدنى المصرى الحالى أنه يأخذ بمذهب التعبير عن الإرادة ، وإذا كانت صياغة بعض نصوصه تشير إلى التعبير عن الإرادة ، فإن هذا لا يعنى على أية حال الأخذ بالأحكام التى تقتضيها هذه النظرية والتى ترجعنا إلى شكلية بدائية ، بل أن أحكام القانون المدنى المصري الحالي ، فى تحديد علاقة التعبير بالإرادة الحقيقية ، لا تكاد تختلف عن أحكام القانون المدنى السابق الذى كان يعتبر تابعا للقانون الفرنسى فى أخذه بالإرادة الباطنة ، فهو يبيح إثبات خلاف التعبير مع حقيقية الإرادة من خلال الطعن بعيب الرضاء أو الصورية أو مخالفة النظام العام والآداب . (جميل الشرقاوى ، ص83 مرجع سابق)

أثر التعبير عن الإرادة :

تنص المادة 91 مدنى على أن " ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذك النصوص العربية المقابلة .

مفاد ذلك أن التعبير عن الإرادة إذا كان إيجابا مثلا فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم المتعاقد الآخر الذى يوجه إليه الإيجاب ومتى وصل إلى علمه انتج أثره ومعنى ذلك لأن الإيجاب من وقت العلم يعتبر قائما لا يجوز العدول عنه وكان قبل العلم أن قبل أن ينتج أثره يجوز فيه العدول .

أى أن العدول لا يكون إلا قبل أن يستكمل الإيجاب وجوده القانونى بوصوله إلى علم من وجه إليه أما الرجوع فلا يكون إلا بعد أن يستكمل الإيجاب وجوده القانونى بوصوله إلى علم من وجه إليه إما الرجوع فلا يكون إلا بعد أن يستكمل الإيجاب هذا الوجود ألا يكون ملزما فإذا كان ملزما فلا يجوز العدول عنه ولا الرجوع فيه ، وأثر القبول أكثر وضوحا من أثر الإيجاب فغن القبول إذا أنتج أثره كان هذا الأثر هو تمام العقد ، وإذا صدر إيجاب جاز للموجب أن يعدل عنه أو يرجع فيه سواء قبل وصوله إلى علم من وجه إليه أو بعد وصوله بشرط أن يتم الرجوع فى هذه الحالة الأخيرة قبل أن يقترن القبول بالإيجاب . (أنور طلبه ص381 ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " مفاد نص المادة 91 من القانون المدنى أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إذا اثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت وصوله ، وكان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ منه " (نقض 1972/1/19 طعن 462 س35ق) وبأنه " مؤدى نص المادتين 91 و 93 من القانون المدنى أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه ، فإذا كان الموجب قد التزم فى إيجابه بالبقاء على هذا الإيجاب مدة معينه فإن هذا الإيجاب لا يلزم الموجب إلا من وقت اتصال علم من وجه إليه به والى هذا الوقت يعتبر أن الإيجاب لا يزال فى حوزة الموجب فله أن يعدل عنه أو أن يعدل فيه لأن التعديل ما هو إلا صورة من صور العدول لا يملكه إلا فى الفترة السابقة على وصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه وعلى ذلك

فمتى تبين أن طالب الشراء أبدى فى طلبه الموجه إلى عضو مجلس الإرادة المنتدب للشركة البائعة رغبة فى شراء قدر من الأطيان المملوكة لها بثمن محدد وبشروط معينة وضمن الطلب انه لا يصبح نافذا الأثر بين الطرفين إلا بعد موافقة مجلس إدارة الشركة كما تعهد فيه بأنه يظل مرتبطا بعطائه فى حالة إشهار مزاد ببيع الأطيان لحين إبلاغه قرار الشركة باعتماده البيع من عدمه ، فتحقق بذلك علم الشركة بمجرد وصول الطلب الى عضو مجلس الإدارة المنتدب فإن هذا الإيجاب يعتبر نافذا الأثر فى حق الموجب لا يجوز العدول عنه أو تعديه حتى ثبت الشركة فى طلبه بالقبول أو الرفض وذك عملا بنصوص الطلب ونزولا على حكم المادتين 91 و93 المشار إليهما ولا يجدى الموجب التمسك بأن الموافقة المعتبرة فى إتمام التعاقد هى موافقة مجلس إدارة الشركة دون غيره من موظفى الشركة مادام أن النزاع يبدو فقط حول معرفة من الذى نكل الطرفين عن إتمام التعاقد لأن مجال البحث فى هذا الذى يتمسك به الموجب هو فى حالة ما إذا كانت الشركة تتمسك بتمام التعاقد والمطالبة بتنفيذ (نقض 1958/4/10 س 9ص 359) وبأنه " ذهاب الطاعن قبل نهاية الأجل الى محل إقامة المطعون عليه ومقابلة إبن هذا الأخير وإبداء رغبته له فى الشراء واستعداده لدفع الثمن يعتبر قرينة على علم المطعون عليه ، بالقبول ويقع على عاتقه عبء نفى هذه القرينة " (نقض 1954/5/6 ج1 فى 25 سنة ص351)

الموت أو فقد الأهلية وأثرهما فى التعبير عن الإرادة :

تنص المادة 92 من القانون المدنى على أنه "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا لم تبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل .

فالمشرع قد أعتبر التعبير عن الإرادة منفصل عن صاحبه مادام قد تم له الوجود الفعلى ، فلا يسقط بموت من صدر منه التعبير ولا يفقده أعليته وفى هذا ضرب من الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة التى تبقى كامنة فى نفس صاحبها وتموت بموته ، وتزول بفقده أهليته ، وإذ اعتبر القانون الجديد ذلك ، فقد رتب هذا الاعتبار نتيجة هامة خالف فيها القانون القديم ، فجعل التعبير يبقى بعد الموت أو فقد الأهلية بل ويستكمل وجوده القانون بوصوله الى عام من وجه إليه .. ففى حالة موت أو فقد أهلية من صدر منه التعبير عن الإرادة فإنه إذا كان الذى مات أو فقد الأهلية هو الموجب بعد أن صدر منه الإيجاب

وقبل أن يصل على علم من وجه إليه .. فقد ذهب البعض إلى أنه وإن كان الإيجاب يبقى إلا أن العقد لا ينعقد لأن القبول بعد صدوره يوجه من القابل إلى الموجب الذى يكون قد مات أو فقد الأهلية فلا ينعقد العقد (السنهورى بند 82 وهامشه – عبد الفتاح عبد الباقى بند 53) ولكن يرى البعض وهو ما نرجحه أن العقد ينعقد بقبول من وجه إليه الإيجاب لان ورثة الموجب أو من يمثله يحلون محله فى تلقى القبول عملا بصريح المادة ما لم يتبين من ظروف الحال أن شخصية الموجب كانت محل اعتبار خاص (مرقس بند 82 – غانم بند 54 الصده فى العقد بند 147) أما إذا كان من مات أو فقد أهليته هو من وجه إليه الإيجاب ومات أو فقد الأهلية بعد أن صدر منه القبول فإن التعبير يبقى وينتج أثره إذا وصل إلى علم الموجب وينعقد العقد إلا إذا تبين أن شخصية القابل كانت محل اعتبار (السنهورى بند 82 – الصده فى العقد بند 147) وفى حالة موت أو فقد أهلية من وجه إليه التعبير فإن مشروع المادة كان يجعل حكم النص شاملا حالتى وفاة أو فقد أهلية من صدر منه التعبير أو من وجه إليه غير أن النص عدل على النحو الوارد فى النص الذى قصد حكمه على حالة وفاة أو فقد أهلية من صدر منه التعبير والرأى السائد أنه إذا كان التعبير إيجابا وتوفى من وجه إليه أو فقد أهليته فإن العقد لا ينعقد ولا يجل ورثته أو ممثلوه محله فى القبول سواء كانت الوفاء أو فقد الأهلية قبل العلم بالتعبير او بعد العلم به ، أما إذا كان التعبير قبولا ومات الموجه إليه التعبير أو فقد أهليته أى الموجب فإنه إذا كانت الوفاة أو فقد الأهلية قبل علمه بالقبول حل محله فى تلقى القبول ورثته أو ممثلوه فينعقد العقد أما إذا كانت الوفاة أو فقد الأهلية بعد علم الموجب بالقبول فإن العقد يكون قد تم قبل الوفاة أو فقد الأهلية . (محمد كمال عبد العزيز ص595 ، مرجع سابق)

تطـابـق الإرادتيـــن

ينعقد العقد بمجرد تطابق الإيجاب مع القبول معتبر ممن يملكه فقانونا متى لم يستلزم القانون أوضاعا معينه لانعقاده .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " مفاد نص المادة 89 من القانون المدنى يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن العقد ينعقد بمجرد أن تتطابق إرادة طرفيه إذا لم يقرر القانون أوضاعا معينه لانعقاده فإذا استلزم القانون أوضاعا أو إجراءات معينه فلا ينعقد العقد إلا بعد استيفاء القانون تلك الأوضاع أو هذه الإجراءات ولا عبرة بم يتم قبلها من إعلان عن الرغبة فى التعاقد أو ما تتخذ بشأنه من مفوضات" (1989/2/15 طعن 1733 سنة 53ق - م نقض م - 40 - 747) وبأن " مفاد المادة 89 من القانون المدنى أن العقد لا يتم إلا بتطابق الإيجاب مع قبول معتبر قانونا وكان المناط فى انعقاد عقود الإيجار التى تبرمها المجالس المحلية للمدن والمراكز عن الأموال المملوكة للدولة وعلى ما يبين من نصوص المواد 12 ،1/41 ، 1/50 من القانون رقم 52 لسنة 1975 - بإصدار قانون نظام الحكم المحلى - الذى يحكم واقعة النزاع - واللائحة التنفيذية له هو بتمام التصديق عليها من المجلس المحلى للمحافظة واعتمادها وفقا للقانون " (1989/11/15 طعن 1891 سنة 54 ق - م نقض م - 40 - 92)

والإيجاب هو تعبير عن الإرادة واجب التسليم يعرض به شخص على آخر إبرام عقد ، فيتعين على هذا النحو أن تتوافر فيه ثلاثة شروط أولها أن يكون كاملا وهو لا يكون كذلك إلا إذا تضمن العناصر الأساسية للعقد موضوع الإيجاب وإلا كان مجرد دعوة إلى عمل إيجاب كان يعلن شخص عن بيع منزله دون ذكر الثمن وثانيها أن يكون الإيجاب باتا وهو لا يكون كذلك إذا كان معلقا كمن يعرض شيئا للبيع بثمن معين مع الاحتفاظ بالحق فى تعديل هذا الثمن طبقا لتغيير الأسعار وثالثها أن يوجه الإيجاب للشخص المقصود به سواء كان معينا أو غير معين . (حجازى بند 295 وما بعدها - السنهورى بند 101 و 102 - الشرقاوى بند 58 - الصدة فى العقد بندى 153 و154)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " الإيجاب هو العرض الذى يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته فى إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد "(1969/6/19 طعن 323 لسنة 35ق – م نقض م – 20-1017) وبأنه " الإيجاب وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة هو العرض الذى عبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول انعقد العقد وان استخلاص ما إذا كان الإيجاب باتا يدخل فى حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص سائغا ومستمدا من عناصر تؤدى إليه من وقاع الدعوى أما تكييف الفعل المؤسس عليه طلب صحة ونفاذ العقد بأنه إيجاب بات أو نفى هذا الوصف عنه فهو من المسائل التى يخضع فيها قضاء الموضوع لرقابة محكمة النقض " (1994/11/16 طعن 3103 سنة 58 قضائية – م نقض م – 45 – 1383 – وبنفس المعنى 1985/12/4 طعن 863 سنة 52ق) كما قضت بأن " الإيجاب – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو العرض الذى عبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد ولا يجوز بعد ذلك لأى من الطرفين بإرادته المنفردة التنصل منه أو التحلل من آثاره " (1998/4/18 طعن 2557 سنة 66ق – ويراجع 1996/5/8 طعن 2256 سنة 65ق)

الإيجــاب الملــزم :

إذا حدد الموجب ميعاد لصدور القبول ، فإن الإيجاب فى هذه الحالة يكون ملزما فلا يملك الموجب الرجوع فيه وإلا كان مخلا بالتزامه مما يجيز للقاضى أن يحكم بالتعويض العينى المتمثل فى القضاء بصحة ونفاذ العقد ويقوم الحكم فى هذه الحالة مقام العقد ، كما يجوز القضاء بالتعويض النقدى .

وتحديد الميعاد غالبا ما يكون صريحا ، ولكن قد يستفاد ضمنا من طبيعة المعاملة.

فقد نصت المادة 93 من القانون المدنى على أنه " إذ عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه أن ينقضى هذا الميعاد .

وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة .

كذلك يستفاد الميعاد ضمنيا فى التعاقد ما بين غائبين ، فيكون الإيجاب ملزما طوال الفترة اللازمة لوصوله إلى من وجه إليه ثم عودة القبول إلى الموجب ، فيلتزم الموجب بالإبقاء على إيجابه خلال الفترة لوصول إيجابه بالطرق المعتادة إلى من وجه إليه ثم تضاف المدة اللازمة ليتدبر الأخير أمره ثم المدة اللازمة لوصول القبول إلى الموجب ، وعند الخلاف يترك التقدير للقاضى .

أما إذا لم يكن هناك ميعاد محدد للقبول كان الإيجاب غير ملزم ، فيجوز الرجوع فيه طالما يقترن به القبول ، فغن رجع الموجب عن إيجابه ثم صدر القبول بعد ذلك ، اعتبر هذا القبول إيجابا جديدا يتم به العقد إذا اقترن بقبول من الطرف الآخر ، فإن لم يقترن به هذا القبول فلا ينعقد العقد . (أنور طلبه ص387 ، مرجع سابق)

وقضت محكمة النقض بأنه " النص فى الفقرة الأولى من المادة 93 من القانون المدنى على أنه " إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد " يدل على أن الإيجاب المقترن بميعاد للقبول ملزم للموجب ، ويبقى الموجب ملتزما بالبقاء على إيجابه المدة التى حددها ، فإذا صدر القبول خلال الأجل مطابقا للإيجاب انعقد العقد واصبح ملزما ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين وللأسباب التى يقررها القانون فلا يستطيع احد المتعاقدين أن ينفرد بنقض العد أو تعديله " (نقض 1982/2/1 طعن 1358 س48ق) وبأنه "إذا لم يعين ميعاد للقبول ، فإن الإيجاب لا يسقط إلا إذا عدل عنه الموجب ، فإن بقى الموجب على إيجابه حتى صدور القبول من المعروض عليه الإيجاب فقد تم العقد بتلاقي الارادتين ومن ثم فلا يجوز بعد ذلك لأى من الطرفين بإرادته المنفردة التنصل منه أو التحلل من آثاره " (نقض 1963/4/18 س14 ص550)

ومؤدى المادتين 91 ، 93 من القانون المدنى أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه ، فإذا كان الموجب قد التزم فى إيجابه بالبقاء على هذا الإيجاب مدة معينة فإن هذا الإيجاب مدة معينة فإن هذا الإيجاب لا يلزم الموجب إلا من وقت اتصال علم من وجه إليه به وإلى هذا الوقت يعتبر أن بالإيجاب لا يزال فى حوزة الموجب فله أن يعدل عنه أو أن يعدل فيه لان التعديل ما هو إلا صورة من صور العدول لا يملكه إلا فى الفترة السابقة على وصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه ، وعلى ذلك فمتى تبين أن طالب الشراء أبدى فى طلبه الموجه إلى عضو مجلس الإدارة المنتدب للشركة البائعة رغبته فى شراء قدر من الأطيان المملوكة لها بمن محدد وبشروط معينة وضمن الطلب أنه لا يصبح نافذ الأثر بين الطرفين إلا بعد موافقة مجلس إدارة الشركة كما تعهد فيه بأن يظل مرتبطا بعطائه فى حالة إشهار مزاد بيع الأطيان لحين إبلاغه قرار الشركة باعتماد البيع من عدمه فتحقق بذلك علم الشركة بمجرد وصول الطلب إلى عضو مجلس الإدارة المنتدب فإن هذا الإيجاب يعتبر نافذ الأثر فى حق الموجب لا يجوز العدول عنه أو تعديله حتى تبت الشركة فى طلبه بالقبول أو الرفض وذلك عملا بنصوص الطلب ونزولا على حكم المادتين 91 ، 93 المشار اليهما ،

ولا يجدى الموجب التمسك بأن الموافقة المعتبرة فى إتمام التعاقد هى موافقة مجلس إدارة الشركة دون غيره من موظفى الشركة مادام أن النزاع يدور فقط حول معرفه من الذى نكل من الطرفين عن إتمام التعاقد لان مجال البحث فى هذا الذى يتمسك به الموجب هو فى حالة ما إذا كانت الشركة تتمسك بتمام التعاقد والمطالبة بتنفيذه . (نقض 1958/4/10 طعن 97 س24ق)

القبـــول :

يعتبر قبولا كل من تعبير بات مطابق للإيجاب مطابقة تامة ودال دلالة قاطعة على إرادة من صدر منه إلى إبرام العقد .

وتنص المادة 94 من القانون المدنى على أنه " إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا ، كذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل .

ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فورا ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينقض مجلس العقد .

كما جاء بالمذكرة الإيضاحية : إن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره ، وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلى شخص حاضر ، وقد أخذ المشروع فى هذه الصورة عن المذهب الحنفى قاعدة حكيمة ، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحل القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه فى الفترة التى تقع بين الإيجاب والقبول ، وقد رؤى من المفيد أن يأخذ المشروع فى هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية فى إتحاد مجلس العقد .

وقد يعتبر السكوت دلالة على القبول :

فتنص المادة 98 من القانون المدنى على أنه " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب .

ويعتبر السكوت عن الرد قبول إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية أنه " ينبغى التفريق بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين مجرد السكوت ، فالتعبير الضمنى وضع ايجابي ، أما السكوت هو مجرد وضع سلبى ، وقد يكون التعبير الضمن ، بحسب الأحوال ، إيجابا أو قبولا ، أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق ، أن يتضمن إيجابا وإنما يجوز فى بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولا وقد تناول النص هذه الفروض ونقل بشأنها ضابطا مرنا يهيئ للقاضى أداة عملية للتوجيه قوامها عنصران : أولهما التثبت من عدم توقع اى قبول صريح وهذه الواقعة قد تستخلص من طبيعة التعامل أو من عرف التجارة وسنتها أو من ظروف الحال . والثانى : التثبت من اعتصام من وجه إليه الإيجاب بالسكوت فترة معقولة وقد ورد المشروع تطبيقا لهذا الضابط ... ويراعى بالنسبة لهذه العقود أن انقضاء الميعاد المعقول أو المناسب الذى يحدد وقت تحقق السكوت النهائى الذى يعدل القبول ويكون له حكمه ، وفى هذا الوقت يتم العقد ، أما فيما يتعلق بمكان الانعقاد فيعتبر التعاقد قد تم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب عند انقضاء الميعاد المناسب إذ هو يعلم بالقبول فى هذا المكان ... ويستخلص من دراسة مختلف المذاهب ومقارنتها فى النصوص التشريعية وأحكام القضاء أن مجرد السكوت البسيط لا يعتبر إفصاحا أو تعبيرا عن الإرادة أما السكوت " الموصوف" وهو الذى يعرض حيث يفرض القانون التزاما بالكلام فلا يثير اشكالا ما ، لان القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه ، وليس يبقى بعد ذلك سوى السكوت " الملابس" وهو ما تلابسه ظروف يحل معها محل الإرادة فهو وحده الذى يواجه النص ، محتذيا فى ذلك حذو احدث التقنيات وأرقاها .

فيتبين لنا من نص المادة 98 مدنى الحالات التى يعتبر فيها السكوت عن الرد قبولا وهى :

وجود عرف على اعتبار السكوت قبولا ، كما لو أرسل البنك لعمليه كشفا بحسابه الجارى لديه وطلب إليه التعقيب عليه خلال اجل معين وإلا اعتبر الحساب نهائيا ، فإن سكت العميل كان ذلك قبولا للحساب وكسكوت الموكل على الحاسب الذى قدمه له الوكيل . (أنور طلبه ص402، مرجع سابق)

إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين كأن يطلب تاجر التجزئة من تاجر الجملة بضاعة فيرسلها له الأخير دون رد صريح بالقبول .

إذا كان الإيجاب نافعا من كل الوجوه لمن وجه إليه ، كسكوت المتنازل له عن دين عليه ، والإيجاب المنصب على مهله للوفاء فيتم عقد يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة كما فى الوعد بالتعاقد . م101. (أنور طلبه ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " المقرر وفقا لنص المادة 2/98 من القانون المدنى أن مجرد السكوت عن الرد لا يصلح بذاته تعبير عن الإرادة ولا يعتبر قبولا إلا إذا كان متعلقا بتعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل بأن كان مكملا أو منفذا أو معدلا أو ناسخا له " (نقض 1984/11/26 طعن 1649 س 51ق)

وقد يكون تنفيذ العقد قبولا :

قد يستفاد القبول من أى عمل من أعمال التنفيذ يقطع فى انصراف نية العاد الذى لم يوقع العقد إلى القبول . أى أن تنفيذ العقد يعد قبولا ضمنيا .

القبول فى عقود المزاد :

تنص المادة 99 مدنى على انه " لا يتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية انه " ينطبق هذا النص على جميع عقود المزايدات وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التى تجرى بطريق المزايدة ، وهو يحسم خلافا طال عهد الفقه به ، فافتتاح المزايدة على الثمن ليس هو فى منطق النص إلا دعوة للتقدم بالعطاءات ، والتقدم بالعطاء هو الإيجاب ، أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد ، وقد اعرض المشرع عن المذهب الذى يرى فى افتتاح المزايدة على الثمن إيجابا وفى التقدم بالعطاء قبولا ، ويراعى أن العطاء الذى تلحق به صفة القبول وفقا لحكم النص ، يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلا أو قابلا للبطلان بل ولو رفض فيما بعد ، ويسقط كذلك إذا اقفل المزاد دون أن يرسو على احد ، وليس فى ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة فمادام التقدم بالعطاء هو الإيجاب فهو يسقط إذا لم يصادفه القبول قبل انقضاء الميعاد المحدد ، أما الميعاد فى هذا الفرض فيحدد اقتضاء من دلالة ظروف الحال ومن نية المتعاقدين الضمنية ، وهو ينقضى بلا شك عند التقدم بعطاء اكبر أو بإقفال المواد دون أن يرسو على أحد .

فيتضح لنا أن نص المادة ينصرف إلى جميع التصرفات التى تتم بطريق المزاد فقد يكون التصرف بيعا ، فإما أن يكون بيعا جبريا وإما أن يكون بيعا اختياريا ، فيدعو البائع من يرغب فى الشراء لإجراء مزايدة على ثمن الشئ المعروض للبيع ، وقد يحدد البائع ثمنا لبدء المزاد وقد يترك ذلك ، وهذا التصرف الذى يدعو به البائع لإجراء المزايدة لا يعد إيجابا حتى لو حدد ثمنا وشروطا للبيع ، وإنما هو دعوة للتعاقد ، فيصدر الإيجاب عن المشترى ولا ينعقد البيع معه إلا إذا صدر قبول من القائم بالبيع وقد يكون هو البائع نفسه أو وكيلا عن وكالة ثابتة بسند أو غير ثابتة فيكفى المشترى لإثبات البيع أن يثبت إجراءات المزايدة بكافة طرق الإثبات حتى لو كانت قيمة المبيع تجاوز تصاب البينة لما تعارف عليه الناس فى هذا النوع من البيوع .

وقد يكون التصرف إيجارا واردا على محل لا يخضع لقانون إيجار الأماكن كالأرض الفضاء والمنقول أما الأعيان التى تخضع للقانون الأخير فإن أجرتها يجب تقديرها وفقا لأحكام قانون إيجار الأماكن ذات الاتصال الوثيق بالنظام العام فيقع باطلا بطلانا مطلقا التقدير الذى يتم بالمزاد ويبقى العقد صحيحا ويعاد التقدير وفقا لأحكام هذا القانون .

وقد يكون التصرف ترخيصا باستغلال مال عام .

وفى كل الأحوال إذا صدر القبول لا يجوز للقائم بالبيع الرجوع فيه ولا إعادة المزاد إلا إذا قبل المشترى ذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " النص فى المادة 99 من التقنين المدنى على انه " لا يتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا ، يدل على أن التقدم بالعطاء سواء فى المزايدات أو المناقصات – والتى تأخذ حكمها – ليس إلا إيجابا من صاحب العطاء فلابد لانعقاد من أن يصادفه قبول بإرساء المزاد أو المناقصة عليه ممن يملكه . ولا يغير من ذلك تحرير العد المثبت للتعاقد فى تاريخ لاحق لانعقاده لان المحرر أداة لإثبات لا يلزم أن يكون تحريره موافقا لتاريخ انعقاد العقد وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقرر أن شركة المطعون ضدهم لم تكن قد ارتبطت بأى التزام قبل الشركة الطاعن قبل 1974/3/6 تاريخ عقدها معها وبدء تنفيذه ، ورتب على ذلك استبعاده من نطاق الارتباطات البديلة كافة معاملات الشركة الطاعنة مع مقاولى النقل السابقة على هذا التاريخ ومنها عقدها مع مشروع سيارات صندوق الخدمات بالقليوبية المؤرخ 1974/1/26

فإنه يكون قد أخطأ فى فهم الواقع فى الدعوى وخالف الثابت فى الأوراق ونصوص العقد مما يعتبر منه خطأ فى تطبق القانون . نقض 1983/1/10 طعن 350 س50ق طرح مناقصة توريد أشياء على أساس الشروط الواردة فى قائمة الاشتراطات لا يعتبر إيجابا فى صحيح القانون إنما هو مجرد دعوى إلى التعاقد ، أما الإيجاب فهو ما يصدر ممن تقدم بعطائه بالشروط المبينة فيه ، ويتم القبول بالموافقة على العطاء متى صدرت هذه الموافقة ممن يملكها " (نقض 1984/1/7 طعن 105 س50 ق ، نقض 1989/10/16 طعن 1467 س51 ق ، نقض 1990/6/11 طعن 2157 س53ق) وبأنه " تنص المادة 99 من القانون المدنى على انه " لا يتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد " ومفاد ذلك أن افتتاح المزايدة ولو على أساس سعر معين لا يعتبر إيجابا وإنما الإيجاب يكون من جانب المزايد بالتقدم بالعطاء أما القبول فلا يتم إلا بإرساء المزاد "(0نقض 1964/1/9 طعن 112 س28ق) وبأنه " ويجب الرجوع إلى شروط المزاد إذا تضمنت أحكاما خاصة فى هذا الشأن باعتبارها قانون المتعاقدين ، فإن علقت تمام العقد على تصديق جهة معينة ، فلا يتم التعاقد إلا بهذا التصديق " (نقض 1998/3/2 طعن 9799 س66ق)

القبول فى عقود الإذعان :

تنص المادة 100 من القانون المدنى على أن " القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى : " .... تتميز عقود الإذعان عن غيرها باجتماع مشخصات ثلاثة : أولها – تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين ، والثانى – احتكار هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها ، والثالث – توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها ، وعلى هذا النحو يعتبر من قبيل الإذعان تلك العقود التى يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية أو مع مصالح البريد والتليفونات والتلغراف أو مع شركات التأمين .

ففى أول الأمر كان هناك شك فى كون الإذعان قبولا يتعقد به عقد حقيقى واعتبار العلاقة بين المحتكر والمذعنين له علاقة لائحية عقد الاحتكار إن كان الاحتكار قانونيا أو يجب أن ينظمها القانون ان كان الاحتكار فعليا ، والراجح الآن فى فقه القانون المدنى أن الضغط الذى يكون الطرف المذعن واقعا تحته لا يبلغ حد الإكراه الذى بعدم الرضا ولا حتى حد الإكراه الذى يفسده وبالتالى فإن القبول بطريق الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترافه بالإيجاب عقد حقيقى .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " من المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين ، ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ، وان يكون صدور الإيجاب منه الى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة . والسلع الضرورية هى التى لا غنى عنها للناس والتى لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون فى وضع يضطرهم الى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التى يضعها الموجب ولو كانت جائزة وشديدة ، كما ان انفراد الموجب بإنتاج سلعة ما أو الاتجار فيها لا يعد احتكارا يترتب عليه اعتبار العقد المبرم بشأنها من عقود الإذعان ما لم تكن تلك السلعة من الضروريات الأولية للجمهور بالمعنى المتقدم "(1974/3/12 الطعنان 396 ، 398 سنة 37ق – م نقض م – 25- 492) . وبأنه " يجب لكى يعتبر العقد عقد إذعان – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن يتضمن احتكارا قانونيا أو فعليا أو فى القليل سيطرة على السلعة أو المرفق تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ، وإذ كان تأميم شركات النقل البحرى لا يقوم فى ذاته دليلا على الاحتكار لان التأميم لا يقتضى بطبيعته انعدام المنافسة بين الشركات المؤممة ولو عملت فى قطاع اقتصادي واحد ، وكان النزاع بين طرفى الخصومة – على ما بين من الحكم المطعون فيه – بدور حول عملية نقل داخلى مما يتولاه إلى جانب شركات النقل المؤممة أفراد أو مؤسسات تابعة للقطاع الخاص مما يوفر عنصر المنافسة بين جميع هؤلاء فى عمليات النقل وينتفى معه الاحتكار فيها فان الحكم المطعون فيها إذا انتهى فى حدود السلطة التقديرية لقاضى الموضوع إلى القول بعدم قيام احتكار فى عملية النقل محل النزاع وبالتالى فلا يكون العقد موضوع الدعوى عقد إذعان ، لا يكون قد خالف القانون " (1969/6/3 طعن 248 لسنة 35ق – م نقض م – 20- 851) وبأنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن من خصائص عقود الإذعان انها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضرورات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين

، ويكون فيها احتكار قانونيا أو فعليا أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة وشروط واحدة ولمدة غير محددة ، والسلع الضرورية هى التى لا غنى عنها للناس والتى لا تستقم مصالحهم بدونها بحيث يكونون فى وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التى يضعها الموجب ولو كانت جائزة وشديدة ، ولما كان ذلك وكانت هذه الخصائص لا تتوافر فى التعاقد الذى تم بين الطاعنين والبنك المطعون ضده على التعيين فى وظيفة من الفئة التاسعة ، فان الحكم المطعون فيه إذ نفى عن هذا التعاقد صفة الإذعان يكون متفقا مع صحيح القانون ، وما ينعاه الطاعنان على الحكم بعد ذلك من إخلال بقواعد المساواة فهو نعى يقوم على واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع - هو التحقق من توافر شرط المساواة ، ومن ثم فلا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ويكون النعى غير مقبول " (نقض 1982/1/2 طعن 749 س 46ق) وبأنه " من خصائص الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين والمنتفعين ويكون فيها احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكار قانونيا أو فعليا ، أن تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ، وان يكون صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محدودة وإذن فمتى كانت الحكومة قد أشهرت شروط مناقصة فى عملية إنشاء طريق وكان من مقتضى هذه الشروط أن يتقدم كل ذى عطاء بشروط العمل وتحديد زمنه وتكاليفه ولم يكون الإيجاب فيه مستمرا لزمن غير محدد ، وكان لكل إنسان حرية القبول أو الرفض بعدم تقديم عطائه أصلا أو بتضمينه الشروط التى يرتضيها وتلك التى لا يقبلها فإن التعاقد عن هذه العملية لا يعتبر عقدا من عقود الإذعان " (1954/4/22 طعن 208 لسنة 21ق - طعن 208 سنة 21 ق - م نقض م - 5 - 788) .

كما قضت بأنه " التمسك بان قيود البناء الواردة فى عقد البيع الصادر من الشركة المطعون عليها يعتبر من شروط الإذعان التى لا سبيل للمشترى عند توقيعه إلى المناقشة فيها ، لا يصح التحدى به لأول مرة أمام محكمة الموضوع " (1960/2/25 طعن 280 لسنة 25 ق - م نقض م - 11 - 184) وبأنه " تفاق ورثة العامل الذى توفى أثناء أداء وظيفته وبسببها مع الحكومة على مبلغ معين وتوقيعهم على المخالصة بهذا المبلغ ليس من الاتفاقات التى تتضمنها عقود الإذعان " (1955/4/8 طعن 126 لسنة 22ق - م نقض م - 6 - 1048)

تطابق الإيجاب والقبول :

يتعين أن يطابق القبول الإيجاب فى كل عناصره فالعقد لا ينعقد إلا إذا طابق القبول الإيجاب تمام المطابقة فيما يتعلق بالمسائل الجوهرية ، أما المسائل التفصيلية ، فان لم يتفق المتعاقدان عليها حل القاضى محلهما فى بيان حكمها دون أن ينال ذلك من تمام العقد .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " يشترط قانونا لانعقاد عقد بيع إذا ما أبدى الموعود له رغبته فى التعاقد ، مطابقة إرادته لإرادة الواعد التى عبر عنها فى وعده مطابقة تامة فى كل المسائل الجوهرية التى تناولها التعاقد فإذا اقترنت هذه الرغبة بما يعدل فى الوعد فلا ينعقد العقد ما لم يقبل الواعد هذا التعديل إذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة إيجاب جديد فى ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر ، فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأسباب سائغة وفى نطاق سلطاتها الموضوعية أن إرادة طرفى العقد لم تتطابق بشان ركن الثمن فان الحكم إذ انتهى إلى أن البيع لم ينعقد لفقده ركنا جوهريا من أركان انعقاده وهو الثمن ورتب على ذلك بقاء عقد الإيجار المبرم بينهما من قبل ساريا كما كان قبل إظهار المستأجر رغبته فى الشراء لا يكون قد خالف القانون " (نقض 1965/12/16 طعن 198 س 31 ق) وبأنه " يجب لتمام الاتفاق وانعقاده أن يكون القبول مطابقا للإيجاب أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصا أو تعديلا فان العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول رفضا يتضمن إيجابا جديدا فإذا كانت محكمة الموضوع قد استندت فيما قررته من انتفاء حصول الاتفاق على الفسخ لعدم مطابقة الإيجاب بالفسخ للقبول إلى ما استخلصته استخلاصا سائغا من العبارات المتبادلة بين طرفى الخصومة فى مجلس القضاء وكان لا رقابة فى ذلك لمحكمة النقض إذ أن استخلاص حصول الاتفاق على الفسخ من عدمه هو مما تستقل به محكمة الموضوع فان الحكم لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ تطبيقه " (نقض 1965/11/9 طعن 354 س30ق) وبأنه " يشترط قانونا لانعقاد العقد مطابقة القبول للإيجاب ، فإذا اقترن القبول بما يعدل فى الإيجاب فلا يكون فى حكم القبول الذى يتم به التعاقد ، إنما يعتبر بمثابة إيجاب جديد لا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر ،

فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت فى حدود سلطتها التقديرية وللأسباب السائغة التى أوردتها أن الخلاف بين الإيجاب والقبول يتناول مسالة جوهرية فى التعاقد الذى كان يراد إبرامه وأنه ليس وليد خطأ مادى وقع فيه الطرف القابل ورتبت على عدم مطابقة القبول للإيجاب أن العقد لم ينعقد باطلا بين الطرفين فإنها لا تكون قد خالفت القانون " (نقض 1963/5/2 طعن 142 س28ق) .

النيابة فى التعبير عن الإرادة

والنيابة المقصود بها حلول إرادة شخص (النائب) محل إرادة آخر (الأصيل) فى القيام بتصرف قانونى تتصرف آثاره إلى الأصيل .

فالنيابة تسمح بتن يبرم شخص تصرفات قانونية نيابة عن شخص آخر ، فتنصرف آثار هذه التصرفات مباشرة إلى هذا الشخص الآخر كما لو كان قد باشرها بنفسه ، فتترتب له الحقوق كما يتحمل بالالتزامات الناتجة عنها ، ويكون للأصيل أن يطالب بنفسه بهذه الحقوق كما توجه إليه المطالبة بتنفيذ الالتزامات . (جميل الشرقاوى ص86 ، مرجع سابق) .

ونيابة شخص عن آخر إما أن تكون (اتفاقية) تتحد فيها سلطة النائب بالاتفاق أو بالإرادة وإما أن تكون نيابة (قضائية أو قانونية) حيث يتولى فيها القانون تحديد سلطة النائب في تمثيل الأصيل .

ولكن وثبوت نيابة شخص عن آخر ، وانصراف آثار تصرفات النائب إلى الأصيل ، له شروط يجب توافرها حتى تترتب هذه النتيجة وهذه الشروط هى :

أن يكون هناك حلول لإرادة النائب محا إرادة الأصيل .

أن يتم تعامل النائب باسم الأصيل ولحسابه .

أن يكون تصرف النائب فى حدود نيابته .

..... وسوف نتناول هذه الشروط بشئ من التفصيل على النحو التالى :

(1) حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

أى أنه يجب لتحقيق النيابة ، أن تكون إرادة النائب مشاركة فى إبرام التصرف الذى يتم لحساب الأصيل ، فينشأ بإرادته ، ويعتبر النائب – لا الأصيل – هو الطرف الآخر فى إنشاء العقد الذى يبرمه مع الغير ، فيكون التعاقد بين حاضرين فى مجلس واحد ولو لم يكن الأصيل حاضرا .

وبناء عليه فإرادة النائب هى التى يتحرى فيها توافر شروط الإرادة دون إرادة الأصيل ، فيكون الغلط العائب للرضاء هو ذلك الذى يقع فيه النائب ن وكذا تكون إرادته معيبة ، ويكون التصرف الذى يبرمه لحساب الأصيل غير صحيح ، لذل قبله تحت تأثير إكراه غير مشروع ، أو أن تعرض لاستغلال أدى إلى وقوع غبن فى التصرف الذى ابرمه لحساب الغير ، كما ان علم النائب او عدم علمه ببعض الظروف التى تؤدى إلى تطبيق بعض الأحكام القانونية هو الذى يؤخذ فى الاعتبار دون علم الأصيل .

فتنص المادة 1/104 من القانون المدنى على أنه " اذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة ، أو اثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما " .

إلا أن هذا لا يعنى استبعاد النظر إلى إرادة الأصيل فى جميع الأحوال ، ذلك انه فى بعض صور النيابة ن يقوم النائب بإبرام التصرف بناء على تعليمات محددة من الأصيل ، ويكون ذلك فى حال الوكالة حيث يستطيع الموكل أن يضع للوكيل حدود تمثيله له ، وشروط قيامه عنه فى إبرام التصرف ، فى هذه الصورة يكون لإرادة الأصيل دور فى إبرام التصرف يقتضى الاعتداد بها فى تقدير صحة التصرف أو بطلانه على أساس ما قد يشوبها من عيوب .

فقد نصت المادة 2/104 من القانون المدنى على أنه " إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها " .

(2) تعامل النائب باسم الأصيل ولحسابه :

فيجب حتى يتصرف اثر العقد إلى الأصيل أن يبرم النائب العقد باسم الأصيل وأن يوقع نيابة عنه أو أن ينيب صفته عند التعاقد مع ذكر اسم الأصيل ، أما إذا تعاقد النائب باسمه دون أن يقرنه بصفته كنائب عن الأصيل فإن العقد يكون قد تم بينه وبين الغير ويتصرف آثاره اليهما دون الأصيل .

ولكن من الضرورى أن يصرح النائب بصفته وبتعامله لحساب الأصيل إذا كان الغير يعلم بهذه الصفة ويدخل فى المعاملة على أساسها .

وقد نصت المادة 106 من القانون المدنى على الأحكام السابقة ، فهى تقضى بأنه " إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد انه يتعاقد بصفته نائبا ، فإن اثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو مع النائب" .

لكن يجوز للنائب إخفاء نيابته عند التعامل لحساب الأصيل دون أن يعلم من تعاقد معه بوجود هذه النيابة وذلك إذا كان ذلك بناء على طلب الموكل .

فقد يطلب الموكل إلى الوكيل الذى يعينه لإتمام معاملة معينة إلا يعلن اسمه عند إتمامها تحقيقا لمصلحة ما ، وهو ما يعنى أن الموكل يستعير اسم الوكيل لإتمام هذه المعاملة ، ولذا تسمى هذه الصورة من الوكالة (الاسم المستعار) فإذا أتم الوكيل التصرف الذى وكل فيه ، تحمل فى مواجهة الغير ، بما يترتب عليه من التزامات ، وكسب ما ينشا عنه من حقوق ، فالمتعامل مع الوكيل لا يستطيع الرجوع على الموكل لأنه لا يعرفه ، بل لا يعرف بوجوده ، أما فى علاقة الوكيل بالموكل ، فالنيابة قائمة ، وتترتب آثار تصرف الوكيل لمصلحة الموكل بناء على عقد الوكالة . (جميل الشرقاوى ، مرجع سابق)

(3) أن يكون تصرف النائب فى حدود نيابته :

فإذا كان النائب يعبر عن إرادته هو وليس عن إرادة الأصيل فإنه يجب أن يعبر عن هذه الإرادة فى صور نيابته فإذا جاوز هذه الحدود فقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذى قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل .

آثـــار النيـــابـــة :

يترتب على إبرام العقد بمعرفة النائب باسم الأصيل ولحسابه انصرف آثار التصرفات التى يبرمها النائب إلى ذمة الأصيل ، كما لو كان قد ابرم التصرف بنفسه ، أى أن حقوق الأصيل والتزاماته تنشأ من التصرف الذى ابرمه النائب باسمه دون حاجة إلى أى إجراء لاحق يقوم به النائب ، لتحقيق هذه النتيجة .

ويترتب على إضافة آثار تصرف النائب إلى ذمة الأصيل ، أن المطالبة بالحقوق الناشئة به أو الالتزامات المترتبة عليه ، توجه من الأصيل أو إليه فلا توجه المطالبة به من النائب أو إليه إلا إذا كانت نيابته تمتد إلى تنفيذ التصرفات أيضا ، فيكون له دور فى المطالبة بالتنفيذ ، ولكن بصفته نائبا ، فيكون له أن يطالب بحقوق الأصيل ، كما يطلب إليه تنفيذ التزاماته .

تعاقد النائب مع نفسه :

لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على انه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة (المادة 108 مدنى) يتضح إذن أن الشخص لا يجوز له التعاقد مع نفسه إلا فى حالات ثلاث هى: موافقة الأصيل – إجازة القانون – قواعد التجارة.

ومنع تعاقد النائب مع نفسه ، لا يعتبر تحريما قانونيا لهذا التعاقد يترتب عليه بطلان تصرف النائب ، فالتصرف صحيح ولكنه لا ينفذ فى حق الأصيل فالمشرع يعتبر تعاقد النائب مع نفسه خارج حدود نيابته ، وإتمام مثل هذا التعاقد من جانب النائب يعنى انه تجاوز حدود نيابته ، فانعدمت ولايته فى إبرامه ، مما يترتب عليه أن الأصيل لا يلتزم به إلا أن اقره ، ومن حق الأصيل أن يدخل هذه الصورة من التعاقد منذ رضائه بالنيابة ، فى حدود سلطة النائب ، بالترخيص له مقدما بالتعاقد مع نفسه ، فيكون تصرفه ملزما للأصيل دون حاجة إلى إقرار لاحق .

أحكـــام النقـــض :

إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تكييف عقد البيع إلى انه تعاقد بطريق التسخير فانه يكون عقدا جديا ويتتبع ذلك صحة التسجيل الحاصل بشأنه ولزومه لامكان نقل الملكية من البائع إلى المسخر وبالتالى إلى الموكل – والقضاء بمحو هذا التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع واستحالة انتقالها إلى الموكل ومن ثم يكون الحكم بقضائه ، هذا قد حال دون تنفيذ مقتضى القانون وما أراده من أن تكون الملكية للأخير فيما بينه وبين الوكيل وليس للبائع . (الطعن 17 لسنة 20ق جلسة 1964/11/26م س 15 ص 1073)

الوصاية نوع من أنواع النيابة القانونية ، تحل بها إرادة الوصى محل إرادة القاصر مع انصراف الثر القانوني الى ذلك الأخير . (الطعن 275 لسنة 36ق جلسة 1971/2/16 س22 ص179)

تقضى المادة 198 من القانون المدين بأنه " لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل " فإذا حصل التعاقد بغير هذا الترخيص فلا يكون نافذا فى حق الأصيل إلا إذا أجازه وقد استثنت المادة من حكمها الأحوال التى يقضى فيها القانون أو قواعد التجارة بصحة هذا التعاقد فإذا كان الموقع على الإيصال سند الدعوى هو مدير الشركة الطاعنة بوصفه ممثلا لها وقد تضمن هذا الإيصال – على ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه – إقراره بهذه الصفة باستلام الشركة منه بصفته الشخصية المبلغ المثبت به صفة وديعة لدى الشركة ، فان هذا الإقرار يكون متضمنا انعقاد عقد وديعة بين نفسه وبين الشخص الاعتباري الذى ينوب عنه (الشركة) وهو ما لا يجوز عملا بالمادة 108 سالفة الذكر إلا بترخيص من الشركة أو بإجازتها لهذا التعاقد وبالتالى لا يجوز للمدير أو يرجع على الشركة على أساس عقد الوديعة ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر العبارة المؤشر بها على ظهر الإيصال والموقع عليها من المدير بصفته الشخصية متضمنة إقرارا منه بملكية سيدة ما لقيمة تلك الوديعة وكان هذا الإقرار منصبا على ذات الوديعة المشار إليها فى صلب السند فإن الإقرار المذكور لا يكون من شأنه أن يرتب بذاته فى ذمة الشركة التزاما جديدا مستقلا عن الالتزام الناشئ عن عقد الوديعة

وإنما يستمد ذلك الإقرار أثره من هذا العقد وبالتالى يدور معه وجودا وعدما ومن ثم فان عدم نفاذ عقد الوديعة فى حق الشركة الطاعنة يستتبع أن يكون الإقرار المذكور غير ملزما لها . (الطعن 28 لسنة 29ق جلسة 1963/12/19 س14 ص 1173)

مفاد نصوص المادتين 106 ، 713 من القانون المدنى انه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا وذلك إذا لم يعلن وقت التعاقد عن صفته كنائب ، ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى أبرام العقد وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فينصرف اثر العقد المبرم إلى الأصيل والى من يتعاقد مع الوكيل المستتر . (الطعن 581 لسنة 35ق جلسة 1970/5/28 س21 ص933)

لما كان مقتضى النيابة حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانونى لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو - فهى فى جوهرها تخويل للنائب حق إبرام عمل أو تصرف تتجاوز آثاره ذمة القائم به إلى ذمة الأصيل باعتبار أن الالتزام فى حقيقته رابطة بين ذمتين ماليتين وليس رابطة بين شخصين ولازم ذلك أن النائب فى النيابة القانونية لا يكون مسئولا قبل الغير إلا إذا ارتكب خطا تجاوز به حدود هذه النيابة يستوجب مسئوليته فإذا لم يرتكب هذا الخطأ لم يكن مسئولا حتى لو أصاب الغير ضرر من تنفيذ النيابة . (الطعن 157 لسنة 42 ق جلسة 1981/12/27 س32 ص 2437)

مفاد نص المادة 54 من القانون 160 لسنة 1958 بشان تنظيم المدارس الخاصة أن إدارة المدرسة المستولى عليها مؤقتا بما تتطلبه من إشراف مالى وإدارى لا يجعل الجهة القائمة عليها صاحبة عمل وإنما هى بصريح نص المادة نائبة عن صاحب المدرسة نيابة قانونية . (الطعن 157 لسنة 42ق جلسة 1981/12/27 س32 ص2437)

من يعير اسمه ليس إلا وكيلا عمن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل فيمتنع عليه قانونا أو يستأثر لنسفه بشئ وكل فى أن يحصل عليه لحساب موكله عليه قانونا وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة وهذا يقتضى أن يعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشا عن التعاقد من حقوق ولا يكسل الوكيل من هذه الحقوق شيئا ولا يكون له أن تحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفة دونه ،ومن ثم فإذا كان التعاقد يتعلق ببيع عقار كانت الملكية للأصيل فيما بينه وبين وكيله وإن كانت للوكيل معير الاسم فيما بينه وبين البائع والغير ، ويرجع ذلك الى انه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة فى مواجهة الكافة فإنها ملكية صورية بالنسبة إلى الأصيل يمنع الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما – وينتج من هذا أن الأصيل لا يحتاج – لكى يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه – إلى صدور تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية إليه، إذ يعتبر الأصيل فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى أى إجراء وإنما يلزم ذلك الإجراء فى علاقة الأصيل . (الطعن 17 لسنة 30ق جلسة 1964/11/26 س15 ص1073)

سلامة الإرادة (صحة الرضا) :

سبق أن ذكرنا أن الرضا ركن من أركان العقد والرضا كى يكون صحيحا يجب أن يكون صادرا من شخص تتوافر فيه الأهلية اللازمة لإبرام العقد وان يكون خاليا من العيوب التى يشوبه كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

الأهليـــة :

تنص المادة 109 من القانون المدنى على أن " كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون " .

يتبين من نص المادة أن الأصل فى الشخص أن يكون كامل الأهلية ما لم يسلبه القانون أهليته أو يحد منها ويقع عبء إثبات ذلك على من يدعيه ولو كان هو ناقص الأهلية . (السنهورى بند 48)

وقد قضت محكمة النقض بانه " العبرة بتوافر أهلية المتعاقد وقت إبرام التصرف ولا يؤثر زوالها بعد ذلك كفى صحته وقيامه " (1983/3/24م طعن 1180 س 49 ق – م 34 – 763) وبان " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قيام عارض من عوارض الأهلية لدى احد الخصوم هو ما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى تستقل محكمة الموضوع فى تقدير الدليل عليه ، ولا شان للطبيب فى إعطاء الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها وأن الأمر فى ذلك لمحكمة الموضوع فى ضوء ما يبديه الطبيب ولا معقب من محكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سائغا " (1979/6/13 طعن 1290 س 48 ق – م نقض م – 30 العدد الثانى – 621) ، وبان " لا يشترط لقبول الدعوى المستعجلة ان تتوافر للخصوم الأهلية للتقاضى لان الحكم المطلوب يكون حكما وقتيا لا يمس الموضوع ، ولان شرط الاستعجال يتنافى مع ما يحتاجه الحرص على صحة التمثيل القانونى من وقت " (1981/3/26 طعن 69 س 48 ق – م نقض م – 32 – 960) وبأنه " قرارات المجالس الحسبية باستمرار الوصاية على القاصر بعد بلوغه سن الرشد تنتج آثارها فتحد من أهليته من تاريخ تسجيلها وليس فى القانون من نص يستفاد منه وجوب تراخى اثر هذه القرارات بالنسبة للغير حسن النية حتى نشرها فى الجريدة الرسمية – وإذن فمتى كان الواقع هو ان جميع عقود البيع موضوع النزاع قد صدرت من ناقص الأهلية الى المطعون عليهم بعد صدور قرار المجلس الحسبى باستمرار الوصاية عليه وتسجيله فإن الحكم المطعون عليه اذ قضى بصحة العقود تأسيسا على أن قرار المجلس الحسبى باستمرار الوصاية لم ينشر فى الجريدة الرسمية وفقا للمادة 20 من اللائحة التنفيذية لقانون المجالس الحسبية الصادر فى 1925/11/24م يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون "(1952/4/17 طعن 136 س 20 ق – م ق م – 49 – 321)

أهليـــة الوجـــوب :

هى صفة تقوم بالشخص تجعله صالحا لان تكون له حقوق وعليه التزامات ، أو هى صلاحية الشخص الطبيعي أو الاعتباري فكل شخص طبيعى تتوافر له أهلية الوجوب حتى قبل ولادته - فالحمل المستكن يصلح لان تكون له حقوق وعليه التزامات ، إذ يرث ويكون له حق فيما أوصى له به أو ما وهب إليه ، كما يلتزم بنفقة من تجب عليه نفقتهم ، كل ذلك بشرط أن يولد حيا ، فان ولد ميتا ، انعدمت شخصيته منذ اعتباره حملا وتبقى الأموال التى آلت إليه على ملك المتصرف أو ورثته فتعود إليه لا ما انفق منها باسم الحمل كنفقات علاج الحامل أو نفقات أقاربه . (أنور طلبه ص5 ، مرجع سابق)

أهليـــة الأداء :

هى قدرة الشخص على مباشرة ما ثبت له من حقوق وواجبات ومناط ذلك هو مدى إدراكه وتمييزه ، فأهلية الأداء هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيرا صحيحا منتجا لآثاره فى حقه وذمته او هى قدرته على إجراء التصرفات القانونية لحساب نفسه . (محمد كمال عبد العزيز ص690 ، مرجع سابق)

الرهبنة لا تنال من الأهلية :

فالرهبنة لا تؤدى إلى انعدام الأهلية بالنسبة للراهب فيما يتعلق بالأموال التى تؤول إليه عن طريق وظيفته أو بسببها .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " لئن كان نظام الرهبنة لدى طائفة الأقباط الأرثوذكس - وهو على ما جرى به قضاء هذه المحكمة معترف به فى مصر - يقضى بان ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهبنة من غير طريق الميراث أو الوصية يعتبر ملكا للبيعة التى كرس حياته لخدمتها فإن ذلك يرجع إلى انعدام شخصية أو أهلية الراهب

وإنما إلى انه يعتبر طبقا لقوانين الكنيسة نائبا عن البيعة فى تملكه لهذه الأموال وعلى ذلك يكون للراهب الحق فى أن يتعاقد باسمه أو باسم البيعة التى ينتمى إليها ويكون للبيعة فى الحالة الأولى أن تتمسك بانصراف اثر العقد إليها ولا يكون للمتعاقد مع الراهب شأن فى ذلك مادام العقد قد انعقد صحيحا مرتبا لكل آثاره " (1968/6/20 طعن 494 لسنة 34 ق – م نقض م – 19 – 1202) وبأنه " الرهبنة نظام جار عند بعض الطوائف المسيحية فى مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية اذ اختصت الرهبان على اختلاف درجتهم ببعض المزايا فأعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجمركية ، والقانون فى المادة 14 من الأمر العالى الصادر فى 14 مايو سنة 1883م بترتيب واختصاصات المجلس الملى لطائفة الأقباط الأرثوذكس قد صرح بأن للرهبنة نظاما خاصا يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له ، ومن هذه الأحكام أن كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهبنة يعتبر ملكا للبيعة التى كرس حياته لخدمتها ، فالراهب يدخل الدير فقيرا مجردا عن كل مال ليثقف ويربى وفقا لأحكام الدين على حساب الدير وهو راض بالنظام الكنسى القاضى بأن كل ما يصب الراهب من رزق لا يملك فيه شيئا بل يكون ملكا للكنيسة ، ولما كان هذا الذى جرى العرف الكنسى عليه ليس فيه ما يخالف أحكام القانون أو مبادئ النظام العام ، فان الحكم الذى يعد المطران مالكا لنفسه ، لا للكنيسة ، ما يشتريه وقت شغله المنصب الدينى على أساس أن عقود الشراء صدرت له شخصيا لا بصفته نائبا عن الكنيسة يكون مخطئا فى ذلك لعدم تطبيقه لقواعد الكنيسة المحددة لعلاقة الرهبان بالكنيسة فى ملكية الأموال باعتبارها قانون العقد الواجب الأخذ به " (نقض 1942/5/14 ج1فى 25 سنة ص 324 وبنفس المعنى نقض 1950/5/18) .

كما أن فرض الحراسة الإدارية لا ينال من أهلية الشخص الذى فرضت الحراسة على أمواله :

فقد قضت محكمة النقض بأنه " إذ خول المشرع لرئيس الجمهورية بمقتضى القانون رقم 162 لسنة 1958 بشان حالة الطوارئ ، سلطة اتخاذ تدابير من بينها إصدار الأمر بفرض الحراسة إنما قصد وضع نظام لإدارة أموال الخاضعين للحراسة على النحو المقرر بالأمر العسكرى رقم 5 لسنة 1956 يغل يدهم عن إدارتها أو التصرف فيها ، فلا يكون لهم تبعا لذلك حق التقاضى بشأنها ، وليس فى ذلك ، وعلى ما جرى بع قضاء هذه المحكمة – نقض أهلية الخاضع للحراسة

وإنما هو بمثابة حجز على أمواله ، بقيد من سلطته عليها فيباشرها نيابة عنه الحارس المعين طبقا للقانون لأسباب تقتضيها المصلحة العامة للدولة " (1972/3/9 طعنان رقما 411 و 416 سنة 36 ق - م نقض م - 23 - 339) وبأنه " مقتضى رفع الحراسة عملا بالمادة الأولى من القانون 150 لسنة 1964 عن أموال ممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذى فرضت عليهم – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – عودة حق التقاضى إليهم منذ العمل بهذا القانون فى 1964/3/24 " (1990/3/6 طعن 2812 سنة 57 ق – م نقض م – 41 – 684) وبأنه " القرار رقم 343 لسنة 1957 بإلغاء جميع القرارات الصادرة بإخضاع أشخاص أو شركات أو مؤسسات لأحكام الأمر العسكرى رقم 4 لسنة 1956 نص فيه على أن يعمل به اعتبار من 1957/5/4 ومن ثم يتعين إعمالا لذلك النص أن يعود إلى هؤلاء الأشخاص حقهم فى التقاضى اعتبارا من ذلك التاريخ وتزول عن مدير عام الإدارة العامة لأموال المتعلقين والمراقبين صفته فى تمثيلهم أمام القضاء بحلول ذلك التاريخ وإذا لم نص ذلك القرار على أن تكون للمدير العام المذكور صفة النيابة القانونية عن هؤلاء الأشخاص إلى أن تسلم الأموال إلى أصحابها ، فإن لازم ذلك أن تعود إلى الأشخاص أهليتهم فور صدور القرار اعتبارا من 1957/5/4 " (1982/1/21 طعن 390 سنة 34 ق – م نقض م – 33 – 349) .

وأحكام الأهلية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على الحد من أهلية كاملة أو التوسعة فى أهلية محدودة أو الإقرار بأهلية معدومة أو الحرمان من أهلية موجودة وإلا كان الاتفاق على ذلك باطلا . (السنهورى بند 149)

تدرج أهلية الأداء بحسب السن :

تنص المادة 45 من القانون المدنى على انه " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون .

وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز .

وتنص المادة 46 من ذات القانون على أن " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون ،

تبين من المادتين السابقتين أن التمييز يبدأ فى سن السابعة أما قبل بلوغها يكون الصبى غير مميز ، ويصبح مميزا ببلوغها ، ويظل هذا التمييز ناقصا حتى يبلغ سن الرشد فيكتمل ، طالما لم يصدر حكن قبل بلوغ الحادية والعشرين باستمرار الولاية أو الوصاية ، لسفه أو غفلة فان صدر هذا الحكم ظل الشخص ناقص الأهلية كما كان قبل بلوغ هذه السن .

والصبى غير المميز لا يستطيع أن يباشر أى عقد لأنه يعد فاقد التمييز فلا تكون لإرادته أثر .

وتنص المادة 110 من القانون المدنى على أنه " ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة .

ويكون تصرف الصبى باطل بطلانا مطلق .

والمقرر أن العقد الباطل بطلانا مطلقا ، هو عقد معدوم قانونا فلا ترد عليه إجازة مما يوجب إبرام تصرف جديد وفقا للقواعد المقررة قانونا . (أنور طلبه ، مرجع سابق)

أما إذا كان الصبى مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .

أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ويزول حق التمسك بالإبطال إذ أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون. (المادة 111 من القانون المدنى)

وإذا رفع القاصر المميز دعوى بنفسه ، أو رفعت عليه شخصيا دعوى دون اختصام وليه أو وصيه ، كانت الدعوى باطلة ، وظل هذا البطلان عالقا بها فى كافة مراحلها وجاز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ويكون للمدعى عليه ولو كان كامل الأهلية أن يتمسك بهذا البطلان لانعدام أهلية القاصر فى رفع الدعوى ، بل للمحكمة أن تقضى بهذا البطلان من تلقاء نفسها حتى لا تستمر فى إجراءات قابلة للزوال .

فإن رفعت الدعوى على ناقص الأهلية شخصيا ، ولكن تدخل فيها وليه أو وصيه ولم يتمسك بالبطلان إنما ترافع فيها ، فان ذلك يصحح الإجراءات ولا يجوز له بعد ذلك التمسك بالبطلان وأيضا إذا بلغ القاصر سن الرشد ولم يتمسك بالبطلان فور ذلك فإن رفع الدعوى يصبح صحيحا ولا يجوز للمدعى عليه بعد ذلك التمسك بالبطلان . (أنور طلبة ، مرجع سابق ص465)

إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وإذن له فى تسلم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون . (المادة 112 مدنى)

ويصبح القاصر رشيدا بمجرد بلوغه سن الرشد دون أن يحجر عليه أو يقضى باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، فيكون له مباشرة كافة التصرفات سواء ما كان منها ضارا محضا أو دائرا بين النفع والضرر دون حاجة إن كان خاضعا للوصاية قبل بلوغه سن الرشد ، فان لم يصدر رفعت الوصاية بحكم القانون فيما يتعلق بمباشرة التصرفات فتعتبر صادرة من كامل أهلية دون حاجة لاستئذان المحكمة أو الوصى فى شأنها . (أنور طلبة ، ص 459 مرجع سابق)

أثر حكم إشهار الإفلاس على الأهلية :

حكم إشهار الإفلاس يترتب عليه غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها وفقد أهليته فى التثقاضى بشأنها ويحل محله فى مباشرة تلك الأمور وكيل الدائنين الذى عينته المحكمة فى حكم إشهار الإفلاس . (1990/7/12 طعن 695 سنة 56 ق – م نقض م – 41 – 426) . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس – ودون اعتداد بتاريخ نشره – تغل يد المفلس عن إدارة أمواله فلا يصح له مباشرة الدعاوى المتعلقة بتلك الأموال حتى لا تضار جماعة الدائنين من نشاطه القانونى فيما يمسهم من حقوق ، ويعد وكيل الدائنين منذ تاريخ صدور هذا الحكم الممثل القانونى للتفليسة ، ويضحى صاحب الصفة فى تمثيلها فى كافة الدعاوى ، ويترتب على عدم اختصامه فى دعوى متعلقة بعقار أو منقول من أموال التفليسة ألا تحاج جماعة الدائنين بالحكم الصادر فيها " (1992/7/13 طعن 908 سنة 51 ق – م نقض م – 43 – 926 – 1990/7/12 طعن 695 سنة 56 ق – م نقض م – 41 – 426) وبأنه" النص فى المادة 216 من قانون التجارة على أن الحكم بإشهار الإفلاس يوجب بمجرد صدوره رفع يد المفلس من تاريخ ها الحكم عن إدارة جميع أمواله وعلى إدارة الأموال التى تؤول إليه الملكية فيها – وهو فى حالة الإفلاس – يدل على أن حكم إشهار الإفلاس يغل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها من يوم صدور الحكم بذلك ، وينشا لجماعة الدائنين حق خاص على هذه الأموال ويصبحون من الغير بالنسبة إلى تصرفاته المدنية " (1980/2/22 طعن 460 سنة 48 ق – م نقض م – 31 – 2078)

وبأنه " حكم شهر الإفلاس وإن كان يترتب عليه غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها وفقد أهليته فى التقاضى بشأنها ويحل محله فى مباشرة تلك الأمور وكيل الدائنين الذى عينته المحكمة فى حكم شهر الإفلاس ، وذلك حتى لا تضار جماعة الدائنين من نشاطه القانونى فيما يمسهم من حقوق ، إلا أن تلك الغلة تنتفى إذا اقتصر هذا النشاط على اتخاذ الإجراءات التحفظية التى قد يفيد المفلس فيها دائنيه دون ضرر على حقوقهم ، ومنها رفع الطعون بالاستئناف فى الأحكام الصادرة ضد التفليسة دون مباشرة إجراءات نظرها ، وكان من شان صدور حكم برد اعتبار المفلس أثناء نظر الدعوى وإنهاء إجراءات التفليسة تبعا له لوفائه بكافة ديونها تطبيقا لحكم المادة 419 أولا من قانون التجارة ، أو تزول آثار الإفلاس بأجمعها ومنها غل يد المفلس عن إدارة أمواله وعودة حق التقاضى إليه بشأنها من يوم صدوره فى حق له الاستمرار فى الدعاوى التى رفعت ضده من قبل عن تلك الأموال"(1992/1/20 طعن 2272 سنة 54 ق – م نقض م – 42- 189)

اثر الحكم بعقوبة جنائية على الأهلية :

يترتب على صدور حكم حضورى بعقوبة جناية تقييد حرية المحكوم عليه ويستتبع ذلك بقوة القانون حرمانه من إدارة أمواله والتصرف فيها وإلا كانت مثوبة ببطلان جوهرى ويباشر هذه الأعمال عنه ، قيم تعينه المحكمة المدنية بغرفة مشورتها ويمتد الحرمان لجميع أعمال الإدارة والتصرف ، ويوقف سريان التوكيل السابق صدوره من المحكوم عليه ، وتبطل التصرفات التى يباشرها الوكيل اعتبارا من تاريخ صدور الحكم ، وإذا قدم تاريخ التصرف غشا ، كان محلا للطعن بالصورية .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " ولئن كان مؤدى نص المادتين 24 ، 4/25 من قانون العقوبات أن كل حكم بعقوبة جناية يستتبع حتما وبقوة القانون حرمان المحكوم عليه من حق إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله ، على أن يعين قيما لهذه الإدارة تقره المحكمة فإذا لم يعينه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته فى غرفة مشورة بناء على طلب النيابة العامة أو ذي المصلحة فى ذلك إلا إذا وجد فى قانون العقوبات أو غيره من القوانين الأخرى واللوائح الخصوصية نص يستثنى المحكوم عليه من هذا الحرمان مما مؤداه –

وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – عدم أهلية المحكوم عليه للتقاضى أمام المحاكم سواء بصفته مدعيا أو مدعى عليه ويمثله فى ذلك – طوال مدة تنفيذ العقوبة – القيم الذى تعينه المحكمة المدنية لذلك بناء على طلب النيابة أو ذي المصلحة إلا انه إذا اختصم المحكوم عليه بصفته الشخصية وصدر الحكم عليه بهذه الصفة وكان السبيل الوحيد للطعن فى هذا الحكم بطريق النقض هو التقرير به بذات الصفة التى كان مختصما بها أمام محكمة الاستئناف فإن طعنه بالنقض على هذا النحو يكون مقبولا شكلا " (نقض 2000/2/6 طعن 305 س 69ق) وبأنه " القول بأن الحرمان المنصوص عليه فى المادة 4/25 من قانون العقوبات هو مما تستلزمه طبيعة عقوبة الجناية وبان من أغراضه حماية المحكوم عليه وانه لذلك يترتب على كل حكم بعقوبة جناية أيا كانت المحكمة التى أصدرته وانه لا يشترك أن يكون هذا الحكم قد صدر بالتطبيق لأحكام قانون العقوبات وفى جرائم مما نص عليه فى هذا القانون أو القوانين واللوائح الخصوصية ، هذا القول غير صحيح ، ذلك أن الأحكام الصادرة من المجالس العسكرية بعقوبة جناية لا يترتب عليها حرمان المحكوم عليه من إدارة أمواله وكذلك الأحكام الصادرة بهذه العقوبة من المحاكم العسكرية البريطانية لم يكن يترتب عليها هذا الحرمان رغما من أن تنفيذها كان يتم فى السجون المصرية " (1955/6/23 طعن 3 لسنة 25 ق – م نقض م – 6 – 1307) وبأنه " مؤدى نص المواد 4/25،24،8 عقوبات ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة انه لا يمكن القول على وجه التعميم بان كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتما ترتيب الأحكام الواردة فى الكتاب الأول من قانون العقوبات ومنها الحرمان المنصوص عليه فى المادة 7/25 من هذا القانون ، وان القاعدة فى ذلك وفقا للمادة الثانية منه هى مراعاة أحكام هذا الباب بالنسبة للجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات والجرائم الواردة فى القوانين الأخرى ما لم يرد فى تلك القوانين نصوص باستثناء تطبيق أحكام الكتاب المذكور ، وهذا الاستثناء قد يكون كليا أى مانعا من تطبيق جميع الأحكام أو جزئيا أى مانعا من تطبيق بعضها مع سريان باقيها ، ولما كان الحكم الصادر من المحكمة العسكرية العليا بتوقيع عقوبة السجن على الطاعن جاء بالتطبيق لأحكام قانون الأحكام العسكرية رقم 25 لسنة 1966م الذى يخضع طائفة من الأفراد المدنيين متى ارتكبوا الجرائم المنصوص عليها فى قوانين الخدمة العسكرية والوطنية الواردة فى القانون رقم 505 لسنة 1955 والقوانين المعدلة له ،

وكان الحكم الصادر بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة او المؤقتة او السجن من المحاكم العسكرية عملا بقانون المحاكم العسكرية انف الذكر يستتبع وبطريق اللزوم وبقوة القانون حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا المبينة بالمادة 25 من قانون العقوبات ، لا يغير من ذلك أن المادة 123 من قانون الأحكام العسكرية عددت العقوبات التبعية التى تستتبع كل حكم منها يقضى بعقوبة الجناية وقصرتها على عقوبتين فقط هما الطرد أو الرفت من الخدمة فى القوات العسكرية والحرمان من التحلى بأى رتبة أو نيشان وهما عقوبتان تندرجان ضمن العقوبات التبعية الواردة بالبندين (أولا) و (ثانيا) من المادة 25 من قانون العقوبات ولم يذكر حرمان المحكوم عليه من إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه المشار إليها بالبند (رابعا) منها ، لان المادة 129 من قانون الأحكام العسكرية تضمنت النص على مبدأ يتفق والسياسة العامة للتجريم بالنسبة لتحقيق أهداف العقوبة فنصت على وجوب تطبيق القانون الأشد إذا كان هناك قانون آخر يقضى بتجريم احد الأفعال المعاقب عليها بالقانون العسكرى واستهدف المشرع من ذلك – وعلى ما جلته المذكرة الإيضاحية – التقاء التشريعات العسكرية بالتشريعات العامة فى الدولة ، مما مفاده وجوب تطبيق العقوبة التبعية المشار إليها بالبند (رابعا) من المادة 25 عقوبات باعتبارها تتضمن تشديدا للعقوبة وردت لقانون العقوبات " (1979/6/13 الطعن 1290 لسنة 48 ق م نقض م – 30 العدد الثانى – 620) وبأنه " وإن كانت عقوبة الحرمان التبعية المنصوص عليها فى البند رابعا من المادة 25 من قانون العقوبات – أيا كان الباعث على تقريرها – تستتبع عدم أهلية المحكوم عليه – للتقاضى أمام المحاكم سواء بصفته مدعيا أو مدعى عليه ويمثله أمامها القيم الذى تعينه المحكمة المدنية ، ولئن كان البطلان الذى يلحق اى عمل من أعمال الغدارة أو التصرف الذى يجريه المحكوم عليه بالمخالفة لحكم القانون هو بطلان جوهرى بحيث يترتب عليه إلغاء الإجراء ذاته إلا أن هذا الحجر القانونى باعتباره عقوبة تبعية ملازمة للعقوبة الأصلية موقوت بمدة الاعتقال تنفيذا للعقوبة المقضى بها على المحكوم عليه فلا محل له قبل البدء فى تنفيذها من ناحية كما تنقضى بانقضاء العقوبة الأصلية سواء كان الانقضاء بسبب حصول التنفيذ أو بالإفراج الشرطى منها أو بالعفو عنها أو بسقوطها بالتقادم من ناحية أخرى ، فإذا اعترى المحكوم عليه مرض استدعى حجزه فى احد المصحات العقلية فان وجوده بها لا يعد تنفيذا للعقوبة بما يدعو إلى حرمانه بمقتضى المادة 25 من قانون العقوبات

وإنما يوقع عليه الحجر القضائى لعارض من عوارض الأهلية من جهة الأحوال الشخصية المختصة – لا من المحكمة المدنية – إذا ما توافرت شرائطه اعتبارا بأن الحجر على المحكوم عليه لا يرجع لنقص أهليته فهو كامل الأهلية لأنه كامل التمييز ، وإنما يوقع لاستكمال العقوبة من جهة وللضرورة من جهة أخرى " (1979/6/13 الطعن 1290 لسنة 48 ق – م نقض م – 30 العدد الثانى – 620 – وبنفس المعنى 1984/6/12 طعن 951 سنة 50 ق – م نقض م – 35 – 1650) وبأنه " وإن كان مؤدى المادتين 24و25 من قانون العقوبات أن كل حكم يصدر بعقوبة جناية يستتبع حتما وبقوة القانون عدم أهلية المحكوم عليه للتقاضى أمام المحاكم سواء بصفته مدعيا أو مدعى عليه بما يوجب أن لم يعين هو فيما تقره المحكمة أو تتولى المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته فى غرفة مشورتها تعيين هذا القيم بناء على طلب النيابة العامة أو من له مصلحة فى ذلك بما مؤداه انه إذا اختصم أو خاصم بشخصه فى الدعوى خلال فترة تنفيذه للعقوبة الأصلية المقضى بها عليه دون القيم الذى يمثله قانونا من قبل المحكمة فإن إجراءات هذه الخصومة تكون باطلة بقوة القانون ، إلا أن المشرع فى قانون المرافعات القائم اتجه إلى الإقلال من دواعى البطلان فعنى – وعلى ما ورد فى المذكرة الإيضاحية – بمعالجة نظرية البطلان عناية تتفق وأثرها البالغ على إجراءات التقاضى ، وصدر فى تنظيمه لها عن اعتباره الإجراءات وسيلة لتحقيق الغاية المقصودة منها ، واعتباره الشكل أداة نافعة فى الخصومة وليس مجرد شكل يحجب العدالة عن تقصى الحقيقة ، فتناول فى المادة منه تنظيم حالات البطلان بسبب العيوب الشكلية التى تعيب الإجراءات وقدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة فى الخصومة فإذا ثبت تحقيق الغاية رغم تخلف هذا الشكل ، فان من التمسك بالشكليات الاعتداد بالبطلان " (1997/11/27 طعن 1792 سنة 55 ق – م نقض م – 48- 1327)

عــوارض الأهليــة :

إذا بلغ الإنسان سن الرشد ، وهى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ، متمتعا بقواه العقلية ، ولم تكن المحكمة قد قضت قبل بلوغها باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، اعتبر انه استكمل الإدراك والتمييز ، وأضفى القانون عليه بالتالى أهلية الأداء كاملة ، ويستمر الإنسان متمتعا بتلك الأهلية ما بقى حيا ، ما لم يدركه عارض من عوارض الأهلية . (عبد الحميد الشواربي ص1906 ، مرجع سابق)

وعوارض الأهلية هى الجنون والعته والسفه والغفلة و(الجنون والعته) يعدمان الأهلية أما السفه والغفلة فينقصانها .

وقد نصت المادة 113 مدنى على أنه " المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى القانون .

ويقصد بالجنون ، هو اضطراب فى العقل بفقد التمييز وبالتالى الأهلية ، ويجب لاعتبار المجنون فاقد الأهلية أن يصدر حكم من محكمة الأحوال الشخصية بالحجر عليه وتنصب له قيما ما لم يكن قد بلغ الحادية والعشرين مجنونا أو حكم قبل ذلك باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، فتستمر الولاية أو الوصاية ، ويسرى على القيم ما يسرى على الوصى ، فله أن يباشر أعمال الاغتناء وأعمال الإدارة وحده ، ويستأذن المحكمة فى أعمال التصرف وليس له مباشرة أعمال التبرع أما العته خلل يصيب العقل ولا يكون المصاب به فى حالة اضطراب كالمجنون ولكن يعامل المعتوه كالمجنون من جميع الوجوه ، والسفه هو نقص فى التمييز فى دائرة التصرفات المالية ، فلا يعدم الأهلية إنما ينقصها ، وذو الغفلة ، هو من يغبن فى تصرفاته لسلامة نيته . (أنور طلبه ص467 ، مرجع سابق)

مناط بطلان تصرفات المجنون والمعتوه :

تنص المادة 114 مدنى على أن " يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .

أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

مفاد ذلك أن تصرف المجنون أو المعتوه يكون باطلا إذا صدر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا ، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد .

أى أنه يكفى لإبطال تصرف المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة العته شائعة وقت التعاقد أو أن يكون المتصرف إليه على بينه منها ويكفى فى ذلك أن تتوافر إحدى الحالتين سالفتى البيان عند إبرام العقد ليكون التصرف باطلا ، وأن أمر تقديم علم المتعاقد بعته المتعاقد معه أو شيوع تلك الحالة وقت التعاقد هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع متى كان استخلاصه سائغا . (نقض 1990/12/26 طعن 2071 س 55ق)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " نصت المادة 114من القانون المدنى الجديد حكما جديدا لم يكن مقررا فى القانون المدنى القديم إذا استلزمت لبطلان تصرفات المجنون والمعتوه الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر ان تكون حالة الجنون أو العته شائعا أو يكون المتصرف إليه على بينة منها ولم تكتف لبطلان هذه التصرفات بمجرد قيام حالة الجنون أو العته بالمتصرف وقت صدورها كما كان الحال فى القانون الملغى ، فإذا كان الثابت من بيانات الحكم المطعون فيه أن التصرفين اللذين قضى ببطلانهما قد صدرا قبل تسجيل قرار الحجر عليه فان الحكم إذا اقتصر فى تأسيس قضائه بذلك على مجرد ما قاله من ثبوت قيام حالة العته بالمورث وقت صدورهما منه ودون أن يثبت أن هذه الحالة كانت شائعة أو أن الطاعنة المتصرف إليها كانت على بينة منها فإنه يكون مخالفا للقانون وقاصر التسبب " (نقض 1965/11/11 طعن 460 س30ق) . وبأنه " مفاد نص الفقرة الثانية من المادة 114 من القانون المدنى ، انه يكفى لإبطال تصرف المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ان تكون حالة العته شائعة وقت التعاقد أو أن يكون المتصرف إليه على بينة منها " (نقض 1977/4/5 طعن 36 س43ق) وبأنه " متى كان يبين أن الحكم المطعون فيه إذ قضى ببطلان التصرفات الصادرة من محجور المطعون ضدها وما ترتب عليها من تصرفات – قد اثبت أن ذلك المحجور عليه كان عند تصرفه إلى الطاعنين فى حالة عته معدم لإرادته ، وهو ما تخذه الحكم أساسا للقضاء ببطلان تلك التصرفات ، وكان هذا وحده كافيا لحمل قضائه فانه لا يعيبه ما يكون قد استطرد إليه بعدئذ من بحث حالة السفه أو انتفاء هذا الوصف عن تصرفات المحجور عليه إلى زوجته وأولاده ، وإذ كان ذلك من باب الفرض الجدلى والتزيد الذى يستقيم الحكم بدونه ، وليس من شأنه أن يغير من الأساس الذى أقام الحكم عليه قضاءه

ومن ثم يكون النعى عليه بالتناقض غير صحيح " (نقض 1974/1/1 الطعنان رقما 53-57 س 38ق) وبأنه "النص فى الفقرة الأولى من المادة 114 من القانون المدنى على انه " يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر " وفى الفقرة الثانية من المادة المذكورة على انه " أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينه منها " مفاده أن العبرة فى تحرى أهلية العاقد بأهليته فى الوقت الذى انعقد فيه العقد ، وان المشرع أقام من صدور قرار بالحجر على المجنون او المعتوه وتسجيل ذلك القرار قرينة قانونية على علم الغير بذلك أما إذا لم تقم هذه القرينة وصدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فقد اشترط المشرع لبطلان التصرف من المجنون أو المعتوه شيوع حالة الجنون أو العته أو علم الطرف الآخر بها ويكفى فى ذلك أن تتوافر إحدى الحالتين سالفتى البيان لحظة حصول التعاقد ليكون التصرف باطلا لانعدام ركن من أركانه هو صدوره عن إرادة سليمة " (نقض 1983/12/18 طعن 845 س50 ق) وبأنه "النص فى الفقرة الثانية من المادة 114 من القانون المدنى على انه إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينه منها يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن وقت التعاقد هو المعول عليه فى شيوع حالة العته أو علم المتصرف إليه بها لإبطال التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر " (نقض 1985/2/17 طعن 154 س 54ق)

مفاد ما تقدم أن المجنون أو المعتوه ، فى ظل قانوننا المصرى ، لا يعتبر عديم الأهلية إلا بعد صدور قرار الحجر عليه وتسجيله ، وذلكما لم تكن حالته شائعة ، عند إجراء التصرف ، أو كان المتعاقد معه على بينة من حالته وقد التعاقد ، ويوقع الحجر بقرار من المحكمة (دائرة الأحوال الشخصية) ، كما يرفع أيضا بقرار منها ، ولا يعتبر الحجر واقعا على الشخص ، كما انه لا يرفع الحجر عنه بعد توقيعه عليه ، إلا بمقتضى قرار المحكمة ، وذلك حتى لو قام به قبل ذلك القرار مقتضى توقيع الحجر أو رفعه .

والقرار الصادر من المحكمة بتوقيع الحجر أو برفعه ، بوصف انه ينشئ للشخص حالة مدنية ، له حجية مطلقة على الناس كافة ، فهو يسرى حتى على من لم يكن طرفا في الدعوى . (عبد الحميد الشواربى ص1911 ، مرجع سابق)

حكم تصرفات السفيه وذى الغفلة :

السفيه وذا الغفلة ، قبل الحجر عليهما ، يعتبران كاملى الأهلية ، وعلى ذلك فالأصل أن جميع تصرفاتهما تقع فى هذه المرحلة صحيحة ، ولا يمكن إبطال هذه التصرفات على أساس انعدام الإرادة ، فالسفيه ، وذو الغفلة يعتبران كاملى العقل . أما بعد الحجر عليهما فيسرى عليهما ما يسرى على تصرفات الصبى المميز .

فتنص المادة 115 مدنى على انه " إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للأبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

يتبن إذن أن السفيه أو ذا الغفلة يعتبر كامل الأهلية إلى أن يحجر عليه ، وأن تصرفاته تقع بالتالى صحيحة إلى هذا الوقت ، إلا انه يرد على تلك القاعدة الاستثناءان الآتيان :

التصرفات التى تجيء نتيجة استغلال حالة الصفة أو الغفلة ويقصد بالاستغلال هنا أن يعلم المتعاقد مع السفيه أو ذى الغفلة بحالته فيعمد إلى أن يغتنم الفرصة .

التصرفات التى تجيء نتيجة تواطؤ بين السفيه أو ذى الغفلة وبين من يتعاقد معه ، وصورة التواطؤ هنا أن يتوقع الحجر ، فيعمد السفيه أو ذو الغفلة ، بالتدابير والاتفاق مع الطرف الآخر ، إلى المبادرة إلى إجراء التصرف استباقا للزمن وتفويتا لأثر الحجر المرتقب . (عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق)

ويكون التصرف الصادر من السفيه أو ذى الغفلة قبل تسجيل طلب الحجر أو قبل تسجيل قرار الحجر ، ليس باطلا إذا تعلق بتبرع أو قابلا للأبطال ان كان من المعارضات إلا إذا ثبت لدى المحكمة أن المتصرف إليه استغل المتصرف فحصل منه على محل التصرف بغبن فاحش وهو ما يجاوز خمس قيمة محل التصرف ، أما أن كان الغبن ليس فاحشا وإما عاديا يقع فيه الشخص العادى ، فإن التصرف يكون صحيحا ولا ينال منه صدوره من سفيه أو من ذى غفلة ، كما يبطل التصرف إن كان القصد منه إخراج محل التصرف من ملك المتصرف قبل توقيع الحجر المرتقب وذلك بالتواطؤ بين المتصرف والمتصرف إليه ، فإن انتفى هذا التواطؤ ، وكان التصرف خلوا من الغبن الفاحش ، فانه يكون صحيحا .

أما إن صدر التصرف بعد تسجيل طلب الحجر أو بعد تسجيل القرار الصادر به سرى عليه ما يسرى على تصرفات الصبى المميز . (أنور طلبة ، مرجع سابق)

الولاية على مال المجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة :

إذا اعترى الإنسان جنون أو عته أو غفلة أو سفه ، أوقعت المحكمة الحجر عليه ، وأنه يترتب على قرار الحجر وتسجيله أن يصبح المجنون والمعتوه عديمى الأهلية ، والسفيه وذو الغفلة ناقصيها .

لذا ، وجب أن ينصب على المحجور عليه شخص يشرف على شئونه المالية ، ويتولى عنه إجراء التصرفات التى لا يستطيع هو إجراءها بنفسه ، وهذا الشخص هو القيم .

والقيم تعينه المحكمة (دائرة الأحوال الشخصية) ، بناء على طلب أى ذي شأن أو النيابة العامة .

ويشترط فى الشخص ، لكى يعين قيما ، أن تتوافر فيه الشروط اللازمة فى الوصى ، والتى تضمنتها المادة 27 من قانون الولاية على المال .

وللقيم أيا من كان ، أى نفس السلطة التى تثبت للوصى على أموال القاصر ، ويسال مسئوليته . (م 78 ولاية المال)

ويجوز للمحكمة أن تعين مع القيم مشرفا يراقبه فى إدارة شئون المحجور عليه ، وللمشرف على القيم نفس سلطة المشرف على الوصى (م80 ولاية المال) . (عبد الحميد الشواربى ص1917 ، مرجع سابق)

أحكام النقــض :

إن المادة 114 من القانون المدنى الجديد قد جاءت بحكم جديد لم يكن مقررا فى القانون السابق إذا أوجبت لبطلان التصرف السابق على تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة العته سائغة أو أن يكون المتصرف إليه على بينة منها وإذن فإذا كان الحكم الصادر فى ظل القانون القديم قد قضى ببطلان العقد المطعون فيه تأسيسا على انعدام إرادة المتصرف وقت التعاقد فلا يصح النعى عليه انه قد خالف القانون بمقولة انه أجرى اثر قرار الحجر فيما بعد على العقد السابق عليه إذ انه متى كانت الإرادة منعدمة فإن التصرف يقع بطلا سواء أكان قد حجر على المتصرف أم لم يحجر عليه . (جلسة 1951/11/22م طعن رقم 199 سنة 19ق)

أن القانون المدنى القديم لم يكن يشترط لإبطال التصرف علم المشترى بعته البائع وقت البيع ، بل كان يكفى فى ظله أن تستدل المحكمة على قيام حالة العته وقت التصرف بأدلة سائغة وذلك اعتبار بأن العته متى ثبت قيامه فانه يعدم رضاء من يصاب به . (1951/11/22 طعن رقم 199 سنة 19ق)

أن العبرة فى تحرى أهلية العاقد هى بحالته فى الوقت الذى انعقد فيه العقد ، فإذا كانت المحكمة قد أقامت قضاءها بقيام حالة العته عند المحجور عليه وقت التعاقد (السابق على الحجر وعلى طلبه) على أقوال شهور مؤداه انه كانت تنتابه نوبات عصبية ويتهيج فى بعض الأحيان ، وعلى انه سبق أن حجر عليه للعته ورفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه ثانيا للعته والسفه بعد تعاقده ، ثم رفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه مرة ثالثة لضعف قواه العقلية فان ما استدلت به من هذا ليس فيه ما من شانه أن يؤدى إلى أن المحجور عليه كان معتوها فى ذات وقت التعاقد ، ويكون هذا الحكم قاصر التسبيب متعينا نقضه . (جلسة 1947/2/20 طعن رقم 13 سنة 16ق)

العته يعدم إرادة من يصاب به فتقع تصرفاته باطلة من وقت ثبوته ولذا لا يتطلب بطلانها توافر التحايل على القانون أو الغش أو التواطؤ بين المعتوه والمتصرف له كما هى الحال بالنسبة إلى المحجور عليه للسفه إذا ما أريد إبطال تصرفاته السابقة على قرار الحجر عليه كما أن هذا البطلان لا يكون نتيجة لانسحاب اثر قرار الحجر على الماضى وإنما لثبوت حالة العته المعدم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف منه – والمحكمة إذ تتصدى لبحث حالة العته إنما تبحث فى ركن من أركان التعاقد هو الرضا الصحيح الصادر عن إرادة حقه ، وهذا أمر يدخل فى صميم اختصاصها ، فالحكم الذى يقام على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائغا من الأدلة التى أوردتها من أن عته البائع كان قائما وقت صدور عقد البيع منه يكون مبنيا على أساس صحيح غير مخالف المبادئ القانونية الخاصة بالأهلية وعوارضها ولا مجاوزا حدود اختصاص المحكمة التى أصدرته . (جلسة 1949/12/29 طعن رقم 53 لسنة 18ق)

متى كان يبين أن الحكم المطعون فيه إذا قضى ببطلان التصرفات الصادرة من محجور المطعون ضدها وما ترتب عليها من تصرفات ، قد اثبت أن ذلك المحجور عليه كان عند تصرفه إلى الطاعنين فى حالة عته معدم لإرادته ، وهو ما اتخذه الحكم أساسا للقاء ببطلان تلك التصرفات

وكان هذا وحده كافيا لحمل قضائه فانه لا يعيبه ما يكون قد استطرد إليه بعدئذ من بحث حالة السفه أو انتفاء هذا الوصف عند تصرفات المحجور عليه إلى زوجته وأولاده ، وإذ كان ذلك من باب الفرض الجدلى والتزيد الذى يستقيم الحكم بدونه ، وليس من شأنه أن يغير من الأساس الذى أقام الحكم عليه قضائه ومن ثم يكون النعى عليه بالتناقض غير صحيح . (الطعنان 53 ، 57 لسنة 38 ق جلسة 1974/1/1 س 25 ص 92)

لما كان ثبوت عنه الموصى وقت الايصاء وثبوت أن أباه – مورث الطاعنين – كان على بينة من قيام حالة العته بوالده وقت التعاقد على تعديل الشركة يكفى بذاته للقضاء ببطلان الوصية وعقد تعديل الشركة . (الطعن رقم 339 لسنة 48 ق جلسة 1981/12/13)

مفاد النص فى الفقرة الثانية من المادة 114 من القانون المدنى انه – يكفى لإبطال تصرف المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة العته شائعة وقت التعاقد أو أن يكون المتصرف إليه على بينه منها ويكفى فى ذلك أن تتوافر إحدى الحالتين سالفتى البيان عند إبرام العقد ليكون التصرف باطلا وان أمر تقدير علم المتعاقد بعته المتعاقد معه أو شيوع تلك الحالة وقت التعاقد هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع متى كان استخلاصه سائغا . (الطعن 2071 لسنة 55 ق جلسة 1990/12/26)

المقرر أن تقدير علم المتعاقد بعته المتعاقد معه أو شيوع تلك الحالة وقت التعاقد هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك متى كان استخلاصه سائغا . (الطعن رقم 910 لسنة 49 ق جلسة 83/3/22 س 34 ص 718)

لمحكمة الموضوع أن تبطل تصرف المحجور عليه ، حتى مع ثبوت حصوله قبل توقيع الحجر عليه متى تبينت من ظروف هذا التصرف وملابساته أن المتصرف له كان يعلم سفه المحجور عليه والاجراءات الجارية لتوقيع الجر عليه ، وانه على الرغم من تواطؤ معه على إيقاع هذا التصرف له ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيما تأخذ هى به من القرائن التى أقنعتها بحصول هذا التواطؤ . (جلسة 1932/12/8 طعن رقم 28 سنة 2ق)

انه لما كان قرار الحجر للسفه ليس له اثر إلا من تاريخ صدوره ولا ينسحب على التصرفات السابقة عليه ما لم تكن قد حصلت بطريق الغش أو التواطؤ كان يكون المتصرف إليه عالما بسفه المحجور عليه ومتواطأ معه فى تعامله على تفويت أثار حجر متوقع ، وكان ما استخلصته المحكمة من عدم وجود الدليل على تواطؤ الزوجة المتصرف لها مع زوجها المتصرف وقت انعقاد البيع المطعون فيه ، لصدور العقد قبل تقديم طلب الحجر ، ولأن إيراد المتصرف لم يكن يكفى لنفقات معيشته مما اضطره إلى التصرف فى أطيانه كما تشهد بذلك العقود الأولى الصادرة منه ، فضلا عن أن حالة الزوجة المالية تمكنها من دفع الثمن ، ثم ما أوردته من عدم التعويل على قرينه العلاقة والمعاشرة الزوجية فى الاستدلال على هذا التواطؤ - كان هذا منها استخلاصا موضعيا جائزا مما تستقل به المحكمة دون رقابة عليها من محكمة النقض ولا يكون ثمة وجه للطعن على حكمها بالقصور . (جلسة 1950/5/25 طعن رقم 206 سنة 18ق)

متى كان الحكم إذ أبطل عقد البيع الصادر من المحجور عليه للسفه قبل توقيع الحجر قد أقام قضاءه على أن المشترى كان يعلم عند التعاقد بما اتخذ من إجراءات لتوقيع الحجر على البائع ، ومن ذلك فقد تواطأ معه غشا بغية الحصول على العين المبيعة بثمن بخس ، فإن فى هذا الذى قرره الحكم ما يفيد توافر عناصر الاحتيال على القانون مما يبطل العقد ، ومن ثم فان ما ينعاه المشترى عليه من خطا فى تطبيق القانون استنادا إلى انه جعل لقرار الحجر أثرا ينسحب إلى الماضى يكون فى غير محله . (جلسة 1951/1/25 طعن رقم 199 سنة 18ق)

السفه هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تبذير المال وتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا صحيحا ومن ضوابطه انه خفه تعترى الإنسان فتحمله على إنفاق المال وإتلافه على غير ما يقتضيه العقل والشرع . (الطعن 397 لسنة 49 ق جلسة 58/2/13 س 36 ص 265)

النص فى الفقرة الأولى من المادة 114 من القانون المدنى على انه يبقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذ صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر وفى الفقرة الثانية من المادة المذكور على أنه . أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر

فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينه منها ، مفاده أن العبرة فى تحرى أهلية العاقد بأهليته فى الوقت الذى انعقد فيه العقد ، وان المشرع أقام من صدور فقرار بالحجر على المجنون او المعتوه وتسجيل ذلك القرار قرينة قانونية على علم الغير بذلك أما إذا لم تقم هذه القرينة وصدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فقد اشترط المشرع لبطلان التصرف من المجنون أو المعتوه شيوع حالة الجنون أو العته أو علم الطرف الآخر بها ، ويكفى فى ذلك أن تتوافر إحدى الحالتين سالفتى البيان لحظة حصول التعاقد ليكون التصرف باطلا لانعدام ركن من أركانه هو صدوره عن إدارة سليمة . (الطعن رقم 845 لسنة 50 ق جلسة 1983/12/18م س 34 ص 1846)

انه لما كان التصرف الذى يصدر من المحجور عليه للسفه قبل توقيع الحجر عليه لا يبطل إلا بثبوت علم المتصرف له بسفهه وتواطئه معه على الرغم من ذلك على إيقاع هذا التصرف له استباقا لقرار الحجر فان الحكم الذى يبطل مثل هذا التصرف مكتفيا بقرائن مجملة دون تعرض لبحث تلك العناصر يكون حكما قاصر البيان قصورا يستوجب نقضه . (جلسة 1949/12/8 طعن رقم 63 سنة 18ق)

التصرف الذى يصدر من المحجور عليه للسفه قبل توقيع الحجر عليه لا يبطل إلا بثبوت علم المتصرف له بسفهه وتواطئه معه على الرغم من ذلك على إيقاع هذا التصرف له استباقا لقرار الحجر ، فإذا كان الحكم قد أبطل مثل هذا التصرف دون أن يعنى ببحث هذه العناصر ودون أن يبحث المستندات المقدمة من المتصرف له للاستدلال بها على مديونية تركه مورث المحجور عليه واتخذا الدائنين لها إجراءات نزع الملكية وتوفيته هو نصيب المحجور عليه فى بعض هذه الديون ، مقتصرا على ما أورده من قرائن مجملة فانه يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه . (جلسة 1950/1/5 طعن رقم 64 سنة 18ق)

المساعدة القضائية :

تنص المادة 70 من قانون الولاية على المال على انه إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة 39 كما يجوز لها ذلك بسبب العجز الجسمانى الشديد وتنص المادة 73 على أن يعتبر المساعد القضائى فى حكم النائب فى تطبيق أحكام المواد 108 – 382 – 479 من القانون المدنى . (أنور طلبه ، مرجع سابق)

ويلاحظ أن ولاية المساعد القضائى تختلف فى مداها عن ولاية الولى أو الوصى أو القيم فالقاعدة ، بالنسبة إلى هؤلاء الثلاثة الآخرين ، أن ولايتهم تقع عامة بالنسبة إلى كل تصرفات ناقص الأهلية أو عديمها ، أما المساعد القضائى فولايته مقصورة على التصرفات التى تقرر المحكمة لزوم معاونته لذى العاهتين فى إبرامها .

وكذلك تختلف ولاية المساعد القضائى فى طبيعتها عن ولاية كل من الولى والوصى والقيم فى أن كل من هؤلاء الثلاثة الأخيرين يعتبر نائبا عن ناقص الأهلية ، يباشر عنه تصرفاته فى الحدود التى يرسمها القانون ، دون حاجة إلى تدخل ما من ناقص الأهلية ، فإرادة الولى أو الوصى أو القيم هى التى يعتد بها فى أبرام تصرفات ناقص الأهلية ، دون إرادة هذا الأخير ، أما المساعد القضائى ، فلا يعتبر بحسب الأصل ، نائبا عن ذى العاهتين فى مباشرة التصرف ن فهذا الأخير كامل الإدراك وإرادته هى التى يعتد بها فى إبرام تصرفاته . (عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق)

واشتراك المساعد القضائي في إجراء التصرف الخاضع للمساعدة لازم لصحته ، وإذا امتنع عن الاشتراك في إجراء تصرف معين من التصرفات التي تلزم فيها المساعدة ، جاز رفع الأمر للمحكمة ، فإن رأت المحكمة أن الامتناع في غير محله ، أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد في إبرام التصرف ، أو عينت شخصا آخر للمساعد في إبرامه ، وفقا للتوجيهات التي تبينها في قرارها (م 2/71 ولاية المال) .

والتصرفات التى يبرمها ذا العاهتين قبل تسجيل قرار المساعدة القضائية يعتبر جميعا أن ذا العاهتين ويكون كامل الإدراك ولا يعتبر ناقص الأهلية إلا بعد أن يحكم بالمساعدة القضائية ويسجل القرار القاضى بذلك .

أما التصرفات التى يبرمها ذو العاهتين دون اشترك مساعدة بعد تسجيل قرار المساعدة القضائية ، فتقع قابلة للإبطال لصالحه وحده ، دون المتعاقد معه ، وقد تضمنت المادة 2/117 مدنى هذا الحكم بقولها " ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدرت من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونه المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة " .

المحكوم عليه بعقوبة الجناية :

بمقتضى المادة 25 من قانون العقوبات يحد من أهلية الأداء لدى الشخص الذى يحكم عليه بعقوبة الجناية فترفع عنه إدارة أمواله ويعهد بها إلى قيم يختاره هو وتصدق عليه المحكمة المدنية التى يقع فى دائرتها موطنه أو تعينه هذه المحكمة فى غرفة مشورتها إذا لم يختر المحكوم عليه أحدا لتولى القوامة عليه وذلك بناء على طلب النيابة العمومية أو أى ذى شأن . أما التصرف فى المال فلا يعهد به إلى القيم ؛ ولكن يظل يتولاه المحكوم عليه بشرط أن تأذن المحكمة المدنية به فأن لم يأت منها هذا الإذن ؛ وقع التصرف باطلا ؛ ويتساوى مع إجراء التصرف فى المال تعهد المحكوم عليه بأى التزام .

ولا يلحق الحد من أهلية المحكوم عليه بعقوبة الجناية إلا بعد اعتقاله وطوال مدة هذا الاعتقال فهو لا يلحقه قبل الاعتقال ولا بعد الإفراج .

ويلاحظ أن الحد من أهلية المحكوم عليه بعقوبة الجناية لا يجيء نتيجة خلل يصيب منه العقل أو التدابير أو يصعب عليه التعبير ؛فهو خلل من كل ذلك ولكنه يجيء كعقوبة تبعية لعقوبة الجناية ومراعاة للصالح العام حتى لا يكون فى مباشرة المحكوم عليه التصرف فى ماله ما يساعده على الفرار من السجن أو مخالفة ما تقضى به قواعده ويترتب على ذلك أنه إذا تصرف المحكوم عليه فى ماله بغير إذن المحكمة المدنية أو قام بتأجيره وقع تصرفه باطلا وليس قابلا للإبطال . (عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق)

عيــوب الإرادة

إذا شاب إرادة المتعاقدين عيب من العيوب التى تشوبها كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال كان العقد باطلاً .

وسنلقى الضوء بإيجاز على كل عيب من هذه العيوب التى تشوب الإرادة :

أولاً : الغلط كعيب من عيوب الإرادة :

تنص المادة 1/124 من القانون المدنى على أن " ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية " .

ولا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط . (المادة 123 من القانون المدنى) .

المقصــود بالغلــط :

المقصود بالغلط هو توهم غير الواقع سواء باعتقاد صحة واقعة غير صحيحة ، أو اعتقاد عدم صحة واقعة صحيحة ، بحيث يقوم هذا الوهم عند تكوين الإرادة فيعيبها دون أن يعدمها ، وهو بهذه المثابة يتميز عما يعرف بالغلط المانع الذى يمنع من التقاء إرادة الطرفين بسبب وقوعه فى ماهية العقد حيث يقصد المتعاقد القرض ويقبض الآخر على أساس الهبة ، أو فى ذاتية المحل موضوع العقد بأن يقصر البائع بيع سيارة بذاتها ويقصر المشترى شراء سيارة أخرى ، أو فى السبب كما لو تقاسم الورثة التركة الموصى له ثم اتضح بطلان الوصية . كما يتميز عن اختلاف الإرادة الباطنة مع الإرادة الظاهرة لأن هذا الاختلاف يتعلق بوجود الإرادة لا بتعيبها ، كما يتميز عن الغلط فى النقل أو فى التفسير إذ الأول يقع عند نقل الإدارة عن صاحبها إلى من وجهت إليه ، والثانى يقع فى فهم من وجهت إليه لها ، وكلاهما لاحق لتكوين الإرادة والتعبير عنها كما لم يقع فيه صاحب الإرادة "(راجع المستشار محمد عبد العزيز المرجع السابق ص 324 والدكتور السنهورى بند 162) .

وقد قضت محكمة النقض بان " لئن كان للتعاقد الذى وقع فى غلط جوهرى فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وفقا لنص المادتين 120،121 من ذات القانون أن يطلب إبطال التصرف الذى شابة هذا الغلط الا أن شرط ذلك أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة هى السبب الرئسى فى التعاقد وان يكون المتعاقد الآخر قد اتصل علمه به أو كان من السهل علية أن يتنبه " (الطعن رقم 156 لسنة 59ق- جلسة 1989/7/5) وبأنه" يجوز القضاء ببطلان العقد إذا ثبت أحد المتعاقدين أنه رافعاً فى غلط لم أثبت انه لولا هذا الطعن لما اقدم على التعاقد ويجوز مع القضاء ببطلان العقد أن يحكم بالتعويض إذا ترتب علية إضرارا بأحد المتعاقدين ويكون ذلك لا على اعتبار انه عقد بل اعتباره واقعة مادية متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية فى جانب المتعاقد الآخر الذى تسبب بخطئه فى هذا الإبطال إذا كان الطاعن لم يقدم ما يفيد سبق إثارة الدفاع الذى يخالطه واقع أمام محكمة الموضوع فان النعى به يكون غير مقبول (الطعن رقم 134 لسنة 36ق جلسة 1970/6/2 ق 154 س 21ص 961 مج فنى مدنى)وبأنه " الغلط الجوهرى عبء إثباته واتصال المتعاقد الآخر به وقوع على عاتق من يدعيه – إغفال الحكم الرد على دفاع لم يقدم الخصم دليله . لا قصور . (الطعن رقم 1018 لسنة 53 ق – جلسة 1989/4/19) وبأنه" وإن جاز طبقا للمادة 120 من القانون المدنى للمتعاقد الذى وقع فى غلط جوهرى آن يطلب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل علية أن يتنبه ، الا أن ثبوت واقعة الغلط هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مسالة موضوعية يستقل قاضى الموضوع بتقدير الأدلة فيها " (1973/3/13-نقض س 24 ص 396) . وبأنه " تمسك الطعن بإبطال العقد لوقوعه فى غلط جوهرى – عدم جواز اثارته لاول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم1009 لسنة 46ق جلسة1978/11/16) وبأنه " ثبوت واقعة الغلط المبطل للتعاقد وان كانت مسالة موضوعية يستقل قاضى الموضوع بتقدير الأدلة فيها الا انه يتعين أن يقيم قضاءه على أسباب سائغة لها اصل ثابت بالأوراق وتؤدى الى النتيجة التى خلص إليها " (الطعن رقم156 لسنة 59ق – جلسة 1989/7/5)

ثانيا : التدليس كعيب من عيوب الارادة

يشترط فى التدليس لكى يجعل العقد قابلا للإبطال أن يكون من الجسامة بحيث لولاه لما أبرم الطرف الذى وقع ضحية التدليس العقد وأن يكون هناك استعمال لحيل غير مشروعة ينخدع بها المتعاقد .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " يشترط الغش أو التدليس على ما عرفته المادة 125 من القانون المدنى أن يكون ما استعمل فى خدع المتعاقد حيلة - وان تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونا ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر أن التدليس قد توافر فى جانب الطاعنة - الشركة البائعة لمجرد أنها أعلنت فى الصحف أن الحصة المبيعة تقل ريعا قدرة 31جنية 750 مليما شهريا مع علمها أنها لا تقل سوى مبلغ 29 جنيها 273 مليما - وأن هذا التدليس وان لم يدفع على التعاقد الا انه أغرى المطعون عليها وزوجها - المشترين - على قبول الارتفاع فى الثمن عن طريق المزايدة وإذا كان هذا الإعلان وحدة مع التسليم بأنه غير متفق مع الحقيقة لا يفيد بذاته توافر نية التضليل لدى الشركة وأنها تعمدت النشر عن بيانات غير صحيحة بشأن ريع العقار بقصد الحصول على غرض مشروع وبالتالى فإنه لا يكتفى لاعتباره حيلة فى حكم المادة 125 مدنى ولما كانت الطاعنة فوق ما تقدم قد تمسكت فى مذكرتها المقدمة الى محكمة الاستئناف بأن الإعلان عن البيع تم صحيحا لان ريع الحصة المبيعة طبقا لمستنداتها تبلغ 31جنية 750 مليما كما نشر فى الصحف غير أن الحكم قد التفت عن هذا الدفاع ولم يعن بتمحيصه أو الرد علية مع انه دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرد فى الدعوى لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بإنقاص الثمن والزام البائعة برد الزيادة الى المشترين يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وعاره قصور يبطله (نقض مدنى جلسة 11976/12/21 س27 ص1791) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى وقوع التدليس من الابنة المتصرفة إليها ضد والدتها المتصرفة لها وافصح بماله من سلطة تقديرية عن ان مشاعر الود التى أبدتها المتصرف إليها اثر فجيعتها فى ولدها تتفق مع طبيعة الأمور وأنها ليست من قبيل الطرق الاحتيالية التى يقوم بها التدليس وعن أن أمرا لم يلبس على الأم المتصرفة بحيث يضللها عن حقيقة ما اتجهت إليه بالتصرف فى بعض مالها للمتصرف إليها ولباقى بناتها ومنهن من طعن على هذا التصرف وكان هذا الذى افصح عنه الحكم يقوم على تكشف من ظروف الدعوى وملابساتها وله مأخذه الصحيح من الأوراق

و كان سائغا ويؤدى الى النتيجة التى انتهى إليها إذ فى قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها الرد الضمنى المسقط لكل تلك الأوجه ومن ثم فان النعى على الحكم بالقصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال ومخالفة الثابت فى الأوراق يكون على غير أساس "(نقض مدنى جلسة 1972/2/8سنة 23ص 138) وبأنه " إذا كان تقدير اثر التدليس فى نفس العاقد المخدوع وما إذ كان هو الدافع الى التعاقد من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه استظهر الظروف الذاتية للمتعاقد والتى ألمت بها اثر وفاة ولدها الوحيد وجميع ابنائة فى حادث الباخرة دندرة واستبعد الحكم أن يكون عطف المتعاقدة معها وهى ابنتها وكذلك عطف بناتها الأخريات على والدتهن فى محنتها من المساءل الاحتيالية المعتبرة ركنا فى التدليس المفسد للعقود كما استبعد الحكم ما أثير بشان وجود ختم للمتعاقدة مع زوج المتعاقد معها وان هذه الأخيرة انتهزت هذه الفرصة فوقعت بذلك الختم على العقدين موضوع النزاع وذلك لعدم اتخاذ طريق الطعن للتزوير على هذين العقدين واستبعد الحكم أيضا ما ادعته الطاعنات من وقوع إكراه ادبى على المتعاقدة أدى الى التعاقد واستخلص من ذلك ان الطاعنات لم تقلن ان المتصرف إليها لجأت الى تهديد المتصرفة بخطر جسيم فإن ما قرره الحكم يكفى لحمل قضائه فى نفى التدليس والإكراه الأدبي" . (1972/2/8 – س 23 ص 138 مج فنى مدنى) . وبأنه " متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بإثبات النزول المستأنف عليه (الطاعن) عن التمسك بالحكم المستأنف استنادا الى قرار كتابي صدر منه بلوغه سن الرشد أثناء نظر الاستئناف و فيه يسلم بصحة الحساب المقدم من جدته المستأنفة (المطعون عليها) وبنزوله عن هذا الحكم المطعون فيه إذ قضى بذلك لخص ما ورد بإقرار التنازل وبين ما ينعاه عليه الطاعن من انه صدر تحت تأثير الغش وارد حكم القانون فى الغش المفسد للرضا فى قوله وانه يجب أن يكون وليد إجراءات احتيالية أو وسائل من شانها التغرير بالتعاقد بحيث يشوب إرادته ولا يجعله قادرا على الحكم على الأمور حكما سليما ثم ذكر الوقائع التى نسبها الطاعن الى المطعون إليها وأنزل حكم القانون عليها وانتهى الى أن هذا الادعاء على فرض صحته تنقصه الأركان اللازم توافرها لقيام الغش قانونا وما صوره الطاعن لا يعدو أن يكون قولا مرسلا عن الحديث الذى تم بينه و بين جدته و ليس فيه مظاهر الغش ما يفسد رضاءه بتوقيع هذا التنازل الصادر منه فإن الطعن على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون

و بالقصور يكون على غير أساس إذ هو أحاط بالوقائع التى استدل بها الطاعن على حصول الغش المدعى به والذى يزعم انه افسد رضاءه بالتوقيع على الإقرار المشار إليه ثم تحدث عن هذه الوقائع ومدى ما ينعكس بها من اثر على ارادة الطاعن وانتهى فى أدلة سائغة الى انه حتى مع فرض صحة هذه الوقائع فليس من شانها التغرير بالطاعن بحيث تشوب ارادته و لا تجعله قادرا على الحكم على الأمور حكما سليما" . (نقــض 1951/4/19 – م ق م –21-835) . وبأنه " إذا اتفقت سيدة مع شخص على أن تبعية عقارا مملوكا لها بيعا صوريا وان تأخذ منه ورقة ضد تثبت الصورية ولما صدر منها عقد البيع سلمها ورقة الضد وعليها توقيع توهمت انه توقيعه فى حين انه لم يكن هو الذى وقع بإمضائه على هذه الورقة غشا منه لها بل أن الذى وقع عليها شخص آخر غيره ولما تبين لها ذلك رفعت عليه الدعوى طالبة ثبوت ملكيتها للعقار موضوع التعاقد دون أن تطلب أولا فسخ العقد فقضت المحكمة بإحالة الدعوى الى التحقيق لاثبات ونفى واقعة الغش المدعى بها وثبت لها من ان توقيع المدعية على عقد البيع كان تحت تأثير هذا الغش المفسد لرضاها فحكمت المحكمة بالبطلان وثبوت الملكية و كان هذا الحكم صحيحا ولا محل للقول بان الغش قد وقع بعد تمام العقد والتعلل بشان الوقت الذى سلمت فيه ورقة الضد إذ أن المحكمة قد اعتبرت أن العملية التى تمت بين طرفى الخصومة عملية واحدة اتصلت وقائعها بعضها ببعض وان الغش قد وقع من مبدئها الى نهايتها كما لا يغير أن المحكمة قد أمرت بتحقيق ما لا يجوز تحقيقه إذ قضت به لاثبات وقائع الغش و لا خلاف فى أن هذه الوقائع مما يجوز إثباته بالنية وغيرها كما لا محل للقول أيضا ببطلان الحكم لقضائه بالملكية مع عدم طلب المدعية الحكم بفسخ العقد الصادر منها لان قضاء المحكمة ببطلان ذلك العقد على تدليس يستلزم القضاء ببقاء الملكية لمن دلس عليها. (1937/11/1 الفهرس العشرى للمجموعة الرسمية بند 638) وبأنه " إن قاعدة الغش يبطل التصرفات وهى قاعدة سليمة ولو لم يجربها نص خاص فى القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية فى محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره فى التصرفات والإجراءات عموما صيانة لمصلحة الأفراد والمجتمع وكان استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى و تقدير ما يثبت به هذا الغش وما يثبت به يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع بعيدا عن رقابة محكمة النقض فى ذلك ما دامت الوقائع تسمح به " (الطعن رقم 1073 لسنة 48 ق جلسة 1979/5/21)

و بأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه يشترط فى الغش والتدليس على ما عرفته المادة 125 من القانون المدنى أن يكون ما استعمل فى خدع المتعاقد حيلة وان تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونا " (الطعن رقم 346 لسنة 56ق جلسة 1988/12/18) وبأنه " قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 نص فى المادة التاسعة منه على وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية ورتب على عدم الشهر الا تنشأ هذه الحقوق ولا تنقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى النشا و لا بالنسبة للغير وإذا جاء هذا النص خلو مما يجيز إبطال الشهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ فان مفاد ذلك وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن ملكية العقار تنتقل الى المشترى بتسجيل عقد شرائه ولو نسب إليه التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما انه تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله " (الطعن رقم 655 لسنة 45ق جلسة 1978/12/12)

ثالثا : الاكراه كعيب من عيوب الارادة

فيجب لابطال العقد لوقوع المتعاقد أثناء العقد تحت تأثير الإكراه أن يكون المتعاقد وقع تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس ويراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنة وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر بشأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه (مادة 127 من القانون المدنى) وإذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه (مادة 128 مدنى) .

وقد قضت محكمة النقض بان " لما كان الإكراه المبطل للرضا يتحقق وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه وبماله أو استعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ويكون نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختيارا وكان النفوذ الأدبي إذا اقترن بوسائل إكراه غير مشروعة بقصد الوصول لغرض غير مشروع يعتبر كافيا لابطال العقد وكان تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها فى نفس المتعاقد هو من الأمور الموضوعية التى يستقل بالفصل فيها قاضى الموضوع مراعيا فى ذلك جنس من وقع عليه و سنة وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف اخر من شانة ان يؤثر فى جسامة الإكراه .....

وكان الواضح من الذى أورده الحكم انه فى سبيل إثبات توافر الإكراه قد بين أن الطاعن الى جانب نفوذه الادبى كشيخ بلدة استعمل وسائل إكراه غير مشروعة لاكراه البائعات على التوقيع على عقد البيع موضوع الدعوة دون أن يدفع فيه ثمنا بقصد الحصول على نصيب فى تركة المورث يزيد عما يستحقه شرعا وتتمثل وسائل الاكراه غير المشروعة التى حصلها الحكم فى تهديد الطاعن للبائعات بالحرمان من الحصول على نصيبهن فى الميراث وتسخير الشهود كى تشهد بأنهن لسن وارثات خلافا للحقيقة وفى وضع يده على جميع أعيان التركة رغم انه ابن أخ المورث ولا يستحق شرعا سوى نصيب ضئيل فيها و فى إطلاق أعيرة نارية أثناء قياس الأرض قبل توقيع العقد وكانت وسائل الاكراه التى استعملها الطاعن والغرض الذى أراد الوصول إليه كلاهما وعلى ما سلف بيانه غير مشروع ... وكان الحكم قد قدر فى حدود سلطته الموضوعية مدى جسامة وسائل الاكراه التى استعملها الطاعن مع البائعات ومدى تأثيرها عليهن وخلص الى أنها أوقعت فى نفوسهن رهبة هى التى حملتهن على التوقيع على العقد دون ان يقبض ثمنا وإذ راعى الحكم فى ذلك حالة البائعات الاجتماعية علاقتهن بالطاعن والظروف التى أحاطت بهن من حيث إقامتهن فى الريف الى جوار الطاعن وهو شيخ بلده له نفوذه الأدبي فإن الذى قرره الحكم وانتهى إليه يكفى لتحقق الإكراه " . (نقض مدنى جلسة 1970/6/9 لسنة 21 عدد ثان ص 1022) . وبأنه " انه ولئن كان تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها فى مسلك العاقد هو من الأمور التى تستقل محكمة الموضوع بالفصل فيها الى أن ذلك مشروط بان تقيم قضائها فى ذلك على أسباب سائغة تكفى لحملة لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه باعتبار إقرار التنازل عن الإجارة وليد إكراه مفسد لارادته لصدوره منه إبان احتجازه بقسم الشرطة على ذمة تحقيقات الجناية رقم 3668 لسنة 1984 عين شمس التى نسب إليه فيها إحداثه عاهة مستديمة بزوجها دون ان يبين كيف كان مجردا احتجاز المطعون ضده بقسم الشرطة وسيلة إكراه للتوقيع على ذلك الإقرار بينما تم الاحتجاز تنفيذا لامر النيابة العامة على ذمة الجناية المشار إليها خاصة انه لا اثر لهذا التنازل على قيام الدعوى الجنائية ضده ولم يمحص أقوال الشهود بتحقيقات الشكوى رقم 966 لسنة 1985 ادارى عين شمس بان التنازل صدر عن المطعون ضده مقابل تصالحها معه على اعتداءه عليها بالضرب

وما يرتبه ذلك من حقوق مالية لها قبلة وما إذا كان هذا التنازل قد تم نتيجة موازنة بين مصالحة فى تسوية هذه الانزعة الأمر الذى يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب ويوجب نقضه لهذا السبب (الطعن رقم 1766 لسنة 56ق جلسة 1992/1/8) . وبأنه " إذا كان النص فى المادة 127 من القانون المدنى على أن : يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق و كانت قائمة على أساس يدل على الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة الا بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها و يكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختيارا و يجب أن يكون الضغط الذى تتولد عنه فى نفس العاقد الرهبة غير مستند الى حق وهو يكون كذلك إذا كان الهدف الوصول الى شىء غير مستحق ولو سلك فى سبيل ذلك وسيلة غير مشروعة (الطعن رقم 1766 لسنة 56ق جلسة 1992/1/8) وبأنه " إن كان الحكم المطعون فيه لم يرى فى المرض الذى بالمورث ما يحقق وسيلة الإكراه التى تعيب إرادته أو إرادة شقيقه وان ذلك بأسباب سائغة و ذلك أن المرض لا يعد بذاته وسيلة ضغط أو إكراه تعيب الإرادة مهما كان خطره إذ لا يد للإنسان فيه وقد عالج المشرع حالات التصرف التى تعقد إبان المرض الذى يتصل بالموت بأحكام خاصة أوردها فى المادتين 477 ، 916 من القانون المدنى على ما سبق بيانه بما يتعين إعمالها دون غيرها ومن ثم فان النعى بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى سلطة محكمة الموضوع ومن ثم يكون غير مقبول " . (الطعن رقم 1282 لسنة 53ق جلسة 1991/3/27) .
و بأنه " الإكراه المبطل للرضا يتحقق ـ وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض ـ بتهديد المتعاقد بخطر محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها . ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً

وإذ كان الطاعن لم يخصص اختياراً عين النزاع لاستعمال هيئة الكهرباء دون مقابل وإنما جاء وليد ضغطها عليه بأنها لن توصل تيار الكهرباء لعقاره إلا بعد أن يتنازل لها بغير مقابل عن الانتفاع بحجرة فيه تضع فيها الكابلات والمحولات المخصصة لاستعمالها ، وكانت هيئة الكهرباء هى التى تقوم وحدها دون غيرها بتوصيل تيار الكهرباء للعقارات ومنها عقار الطاعن فإنه تحت ضغط تهديده بحرمانه من توصيل تيار الكهرباء إلى عقاره واعتقاداً منه أن خطراً جسيماً وشيك الحلول به وتهدده من هذا الحرمان هو عجزه عن الانتفاع بعقاره الانتفاع المعتاد لمثل هذا العقار بغير انارة بالكهرباء مما أجبره على قبول طلب الهيئة التى استغلت هذه الوسيلة للوصول إلى غرض غير مشروع هو الانتفاع بالحجرة التى تضع فيها الكابلات والمحولات بغير مقابل . إذ كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف الثابت بالأوراق وأسس قضاءه بنفى حصول الاكراه على الطاعن من استدلال غير سائغ ". (الطعن 964 لسنة 46ق ـ جلسة 1981/11/25 س32 مج فنى ص2101) . وبأنه " تقدير وسائل الاكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها على نفس المتعاقد . مما يستقل به قاضى الموضوع." (الطعن رقم 1821 لسنة 52ق ـ جلسة 1989/5/14) . وبأنه " الاكراه المبطل للرضا ـ ماهيته ـ تقدير وسائله ومدى تأثيرها على نفس المتعاقد ـ موضوعى ـ استقلال محكمة الموضوع به دون رقابة من محكمة النقض متى أقامت قضائها على أسباب سائغة ." (الطعنان رقما 2479 لسنة 54ق ، 163 لسنة 55ق جلسة 1988/12/7) . وبأنه " الاكراه المبطل للرضا يتحقق . وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الاقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً "(الطعن رقم 1620 لسنة 57ق ـ جلسة 1990/1/18) . وبأنه " الاكراه المبطل للرضا إنما يتحقق . وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها. ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً " (الطعن 653 لسنة 54ق ـ جلسة 1989/12/18)

رابعاً : الاستغلال الذى يعيب الارادة

استغلال أحد المتعاقدين للطرف الآخر لإبرام العقد وكان هذا الطرف لم يدرك الأمور إدراكاً كاملاً وصحيحاً لأنه معيب بإحدى عيوب الإرادة (السفه ، الغفلة ، العته ، الجنون) فإن هذا يبطل العقد .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الغفلة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية وإنما تقوم على فساد التدبير وترد على حسن الإرادة والتقدير وهى على هذا الوصف وان كان يرجع فى اثباتها أو نفيها لذات التصرفات التى تصدر من الشخص إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تستمد محكمة لموضوع أيضاً الدليل اثباتاً أو نفياً من أقوال المحجور عليه فى التحقيقات ومن مناقشتها له ـ فإذا كشفت هذه الأقوال عن سلامة الإدراك وحسن التقدير أمكن الاستدلال بها على انتقاد حالة الغفلة دون أن يوخذ على هذا الاستدلال الخطأ فى مفهومها أو فى تطبيق هذا المفهوم. (نقض مدنى جلسة 1978/4/19 السنة 29 عدد أول ص 1047) وبأنه " العته آفة تصيب العقل فتعيبه وتنقص من كماله والمرجع فى ذلك وعلى ما أوردته المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بأحكام الولاية على المال ـ هو خبرة المختصين فى الآفات العقلية وشواهد الحال .. والمحكمة فى نسبة العتة إلى شخص بعينه تنحصر مهمتها فى تمخيض مدى تأثير هذا المرض على أهليته بما لا يمكن معه من أن يستبين وجه المصلحة فيما يبرمه من تصرفات وفى إدارته لأمواله وفى فهمه للمسائل المادية الخاصة به وهى فى هذا الشأن لها مطلق الحرية فى تقدير قيام حالة العتة باعتبارها تتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا تخضع فى قضائها هذا لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغاً . وبأنه " متى كان الحكم المطعون فيه قد خلص استناداً إلى تقرير الطب الشرعى إلى أن الطاعن مصاب بعتة يمنعه من إدراك الأمور إدراكاً كاملاً وصحيحاً ـ فلا يعاب عليه ان هو لم يأخذ أو لم يرد على بعض ما يسوقه الطاعن من قرائن مناهضة إذ ليس على الحكم أن يفند كل قرينة ما دام أنه انتهى إلى قيام حالة العتة بدليل يحمل قضاءه لأن أخذه بهذا الدليل يتضمن الرد المسقط لما يخالفه " (نقض مدنى جلسة 1977/1/5 السنة 28 عدد أول ص 189) وبأنه " النص فى المادة 65 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952

على أن (يحكم بالحجر على البالغ للجنون والعتة أو للسلفة أو للغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم) يدل على أن المشرع ذهب إلى أن توقيع الحجر ورفعه لا يكون إلا بمقتضى حكم خلافاً لما تواضع عليه فقهاء الشرع الاسلامى من أن الحجر يكون بقيام موجبه ودفعه يكون بزوال هذا الموجب دون حاجة إلى صدور حكم به ـ مما مؤداه أن نشوء الحالة القانونية المترتبة على توقيع الحجر أو دفعه يتوقف على صدور حكم بهما" (نقض مدنى جلسة 1977/5/25 السنة 28 عدد أول ص 1293)

ويسقط الحق فى ابطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه وفى حالة الاكراه من يوم انقطاعه وعلى كل حال لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط أو تدليس أو اكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد (140 مدنى) .

ثانيا : شروط المحل وأثرها على التصرف القانونى

يجب أن يكون محل البيع غير مخالفاً للنظام العام والآداب العامة :

المقصــود بالآداب العــامة :

يقصد بالآداب العامة مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لقاموس أدبى يسود علاقتهم الاجتماعية وهذا القاموس الأدبى هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى عليه العرف وتواضع عليه الناس وللدين أثر كبير فى تكييفه . (المستشار محمود الخضيرى المرجع السابق ص97).

المقصــود بالنظــام العــام :

القواعد القانونية التى تعتبر من النظام العام هى قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد . فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى ولو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية ، إذ أن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة ودائرة النظام العام تضيق وتتسع حسب نظام المجتمع وما إذا كان يقوم على المذاهب الفردية أو النزعة الاشتراكية حيث تضيق ف الحالة الأولى وتتسع فى الحالة الثانية . (المستشار محمود الخضيرى المرجع السابق ص97).

- ويشترط فى المبيع محل البيع أربعة شروط وهم :

أن يكون مما يجوز التعامل فيه .

أن يكون مملوكاً للبائع .

وجود المبيع وقت العقد أو القابلية للوجود .

أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين .

1. أن يكون مما يجوز التعامل فيه :

الغرض من دعوى صحة التعاقد هو إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً فإذا كان هذا التنفيذ قد أصبح غير ممكن لورده على شئ غير قابل للتعامل فيه فإن طلب صحة ونفاذ عقد البيع يكون متعين الرفض . (1968/11/21 ـ م نقض م ـ 19 ـ 1398) .

وقد قضت محكمة النقضذ بأن " ان كل دفاع جوهرى يدلى به لدى محكمة الموضوع ويكون الفصل فيه مما يجوز أن يترتب عليه تغيير وجه الرأى فى الحكم يجب عليها أن تمحصه وتجيب عليه فى أسباب الحكم. لما كان ذلك وكان التعاقد بشأن بيع الأملاك الخاصة بالدولة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يتم إلا بالتصديق عليه ممن يملكه ، وكان الثابت أن الطاعنين تمسكاً أمام محكمة الاستئناف أن الأرض موضوع النزاع من أملاك الدولة الخاصة التى لا يتم ركن القبول فى التعاقد على بيعها إلا التصديق على البيع ، وبأن الاجراءات التى تمت ليست بيعاً وإنما هى اجراءات تمهيدية للبيع وإنه لم يتم التصديق على محاضر القرعة من الجهة المختصة فلم يتم تخصيص قطعة أرض بذاتها للمطعون عليها ، غير أن الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع الجوهرى وحجب نفسه عن بحث ما تمسك به الطاعنان من أن ما حدث إنما هو اجراءات تمهيدية للبيع من دعوة إلى التعاقد وان محاضر القرعة لم يتم التصديق عليها من الجهة المختصة وبحث اثر ذلك بالنسبة للنزاع بشأن ما إذا كان قد تم تخصيص قطعة أرض للمطعون عليها ، وأن القبول بالبيع لا يتم الا بالتصديق على محاضر القرعة ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وعاره القصور فى التسبيب " (1981/2/17 – الطعن 397 لسنة 50ق). وبأنه " دعوى صحة التعاقد –

وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع باستيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث قابلية المبيع للتعامل فيه ، (1980/4/24 ـ الطعن رقم 385 لسنة 44ق).

وهناك أشياء بطبيعتها تخرج عن دائرة التعامل :

الأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها أى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها هى الأشياء المشتركة أى التى يشترك فى الانتفاع بها جميع الناس بحيث لا يحول انتفاع أحدهم بها دون أن ينتفع بها غيره كالهواء والماء الجارى ـ وهى لا تكون محلاً للتعامل إلا عند الاستئثار بجزء منها فيصبح هذا الجزء مملوكاً لمن استولى عليه وبالتالى يمكن أن يكون محلا للتعامل مثل اسطوانات الهواء المضغوط أو المياه التى تبيعها شركات المياه بعد تنقيتها.

وتختلف الأشياء المشتركة عن الأشياء المباحة فى أن الأولى يمكن الانتفاع بها دون الاستئثار بها أو تملكها ـ أما الثانية فلا يمكن الانتفاع بها دون تملكها كالطير فى الهواء أو السمك فى البحر . (الوسيط المرجع السابق ص 329 وما بعدها وعقد البيع للدكتور سليمان مرقس ص152 وما بعدها).

2. أن يكون المبيع مملوكاً للبائع :

لا يجاب المدعى إلى طلبه إذا كان المبيع غير مملوك للبائع أو أصبح كذلك غير أنه يكفى للحكم بصحة التعاقد أن يصبح البائع مالكاً للمبيع عند صدور الحكم ولو لم يكن مالكاً له وقت إبرام البيع .

فقد قضت محكمة النقض بأن : إذ خلت أوراق الدعوى مما يدل على سبق تمسك الطاعنة بأن ، البيع المقضى بصحته صادر من غير مالك أمام محكمة الموضوع . فإنه لا يكون سبباً جديداً ابداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض" (1981/3/5 الطعن رقم 388 لسنة 47ق) وبأنه " دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ـ على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ دعوى استحقاق مالا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشترى تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية فيتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه ولا يجاب المشترى إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين " (1979/11/15 ـ م نقض م ـ 30 ـ 37)

وبأنه " دعوى صحة التعاقد دعوى موضوعية تستلزم أن يكون من شأن البيع نقل الملكية وجوب بحث ما يثار فيها من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه " (1979/1/18 ـ الطعن 34 لسنة 42ق) . وبأنه " دعوى صحة التعاقد ـ وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة ـ دعوى استحقاق مالا للقدر المبيع يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشترى تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية وهذا يقتضى عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه " (75/2/25 ـ م نقض م ـ 26 ـ 478). وبأن " دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ دعوى استحقاق مالا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشترى تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ، ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه " (1974/10/15 ـ م نقض م ـ 25 ـ 1135) . وبأنه " دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق مالا للقدر المبيع . يقصد بها ـ على ما جرى قضاء محكمة النقض ـ تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشترى تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه " (1967/1/31 ـ م نقض م ـ 18 ـ 281)

3. وجود المبيع وقت العقد أو القابلية للوجود :

يشترط فى المبيع وهو محل التزام البائع فى عقد البيع أن يكون موجوداً وقت انعقاد العقد أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك ـ فإذا كان المبيع غير موجود أصلاً ولا يمكن وجوده مستقبلاً فالبيع باطل ـ وإذا وجد المبيع ثم هلك قبل البيع ـ فالبيع يكون أيضاً باطلاً ـ أما إذا كان المبيع موجوداً وقت البيع ولكنه هلك قبل التسليم فالبيع ينفسخ .

ويجوز أن يقع البيع على شئ يوجد فى المستقبل وفى ذلك تنص المادة 1/131 مدنى على أنه (يجوز أن يكون محل التزام شيئاً مستقبلاً كالمحصولات قبل أن تنبت أو منزلاً لم يبدأ بنائه بعد ـ على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشترى بعد تمام البناء ـ يستوى فى ذلك أن يكون الشئ المبيع محقق الوجود أو محتمل الوجود قد يوجد وقد لا يوجد إلا أنه فى الحالة الثانية يكون البيع معلقاً على شرط واقف يتحقق فى حالة وجود المبيع .

وبيع الشئ المستقبل كثير الوقوع فى العمل خاصة هذه الأيام حيث يكثر التعامل فى الوحدات السكنية قبل الشروع فى بنائها وبيع منتجات المصانع قبل البدء فى صنعها وبيع المحصولات الزراعية قبل نباتها وبيع المؤلف مؤلفه قبل أن يبدأ فيه فكل هذه عقود واقعة على شئ مستقبل غير موجود إلا أنها قابلة للوجود وهى عقود صحيحة قريبة نم بيع السلم المعروف فى الفقه الاسلامى .

بيع التركة المستقبلة باطلاً سواء ورد على كل التركة أو على نصيب فيها أو على مال معيناً باعتباره عنصراً فيها :

تنص المادة 13 فقرة ثانية مدنى على أن (غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ـ إلا فى الأحوال التى نص عليها القانون) .

والتركة هى مجموع ما يتركه الإنسان عند موته من حقوق وديون ولا تعتبر هذه الأشياء تركة إلا من وقت موت صاحبها ـ أما قبل ذلك فهى تركة مستقبلة وقد حرم القانون كما تقدم فى المادة 1/131 مدنى التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة ولو كان برضاه .

وعلى ذلك يكون بيع التركة المستقبلة باطلاً ـ سواء ورد على كل التركة أو نصيب فيها أو مال معين باعتباره عنصراً فيها وسواء صدر البيع من المورث نفسه أو من وارث محتمل وسواء باع الأخير إلى وارث آخر أم إلى أجنبى عن التركة . (يراجع فى هذا الوسيط للدكتور السنهورى الجزء الرابع ص243 وما بعدها ، وعقد المبيع للدكتور سليمان مرقس ص130 وما بعدها) .

4. أن يكون المبيع معيناً أو قابل لتعيين :

إن محل الالتزام يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ـ فإذا كنا فى نطاق عقد البيع ووقع البيع على شئ معين بالذات وجب أن يوصف الشئ وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة ـ فإذا كان المبيع منزلاً وجب أن يبين موقعه وأوصافه الأساسية التى تميزه عن غيره من من المنازل وإذا كان المبيع أرضا وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها - وبذلك يمكن القول بأن المشترى كان عالماً بالبيع علما كافيا ـ ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعريفه . (مادة 419 مدنى) .

أما إذا كان المبيع غير معين بالذات فإنه يجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره ـ (مادة 1/133 مدنى) ـ فيقال مثلاً مائة قنطار من القطن المصرى من النوع الجيد ـ فإذا لم يحدد المقدار وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تحديده (مادة 2/133) كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى فمقدار هذه الأغذية وإن لم يحدد فى العقد فهو قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى.

وقد يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون ذكر درجة الجودة .. ودون أن يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظروف التعاقد ـ ففى هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً فلا يكون جيداً حتى لا يغبن البائع ولا يكون رديئاً حتى لا يغبن المشترى . (الوسيط المرجع السابق وعقد البيع للدكتور سليمان مرقص) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : العبرة فى تعيين محل البيع هو بما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين ووفقاً للتحديد الذى تضمنه عقد البيع ، وكان الثابت من صورة عقد البيع المسجل إنه تضمن ما يفيد شراء الطاعنات من المطعون ضده الرابع كامل الأرض الفضاء البالغ مساحتها ..... وإن التعامل شمل هذه الأرض بأكملها وتم البيع مقابل ثمن قدره ... ودفع الثمن بأكمله من المشترين وإذ يبين مما سلف أن محل التعاقد قد تحدد بذاته تحديداً قاطعاً فإنه لا ينال من ذلك ما تضمنه العقد من أنه جاء بكشف التحديد المساحى أن العقار ـ الذى تملكه المطعون ضدهن الثلاثة الأول ـ قد تعدى على جزء من القدر المباع للطاعنين وان البائع تعهد بإزالة هذا التعدى الذى وقع على مساحة 19 متراً مربعاً ذلك أن هذا البيان لا يعدو أن يكون إثباتا لواقع التعدى الحاصل أثناء المعاينة المساحية التى تمت من إجراءات طلب الشهر على جزء من العقار موضوع التعامل دون أن يكون لذلك ثمة أثر على حقيقة المبيع الذى انصب عليه التعاقد والمبين به تبيناً صريحاً ولا على حقوق طرفية ـ البائع والمشترى ـ الثابتة فيه والمشهرة به وهو ما قطعت به بيانات المحرر المتعلقة بالملكية والتكليف والتعامل والتعارض فضلاً عن باقى بنود العقد الأخرى والتى أدت جميعها إلى شهر العقد كامل العقار المبيع الذى انصب عليه التعاقد وانصرفت إليه إرادة المتعاقدين " (الطعن رقم 67 لسنة 51ق ـ جلسة 1983/4/26 س34 ص1046) . وبأنه " العبرة فى تحديد الأطيان ـ أى فى تعيين المبيع ـ المحكوم بإثبات صحة التعاقد عنها هى بما ورد من ذلك فى العقد الذى بيعت بموجبه

، لا بما يكون قد ورد فى صحيفة دعوى صحة التعاقد . وإذ كان يبين من الرجوع إلى الحكم المطعون فيه انه أحال فى تعيين المبيع إلى عقد البيع وملحقه وإلى صحيفة الدعوى كذلك ، وكان الطاعن ـ طالب التدخل فى الدعوى ـ لا ينازع فى صحة البيانات الواردة فى هذه الصحيفة من أن الأطيان المبيعة إلى المطعون عليه الأول -المدعى فى دعوى صحة التعاقد ـ تقع مشاعة فى .... وأن الباقى من هذا القدر يتسع لأن يشمل الأطيان التى ورد عليها عقد البيع الصادر إليه ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالقصور فى تحديد القدر المبيع والإخلال بحق دفاع الطاعن يكون على غير أساس " (الطعن رقم 370 لسنة 38ق – جلسة 1973/12/20 س24 ص1336) وبأنه " دعوى صحة التعاقد ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه ، وهى تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها ، وهذا يقتضى ان يفصل القاضى فى أمر صحة البيع واستيفائه للشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث ذاتية الشئ المبيع الذى هو ركن من أركان البيع ويجب على المحكمة أن تتحقق من موقعه ومساحته وتعيين حدوده وأوصافه تعييناً مانعاً للجهالة قبل الحكم بانعقاد البيع " (الطعن رقم 286 لسنة 37ق جلسة 1972/4/29 س23 ص781) .

المقصــود بالتقسيــم :

عرفت المادة 11 من القانون رقم3 لسنة 1982 التقسيم بأنه (فى تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالتقسيم كل تجزئة لقطعة أرض داخل نطاق المدن إلى أكثر من قطعتين ـ كما يعتبر تقسيماً إقامة أكثر من مبنى واحد وملحقاته على قطعة الأرض سواء كانت هذه المبانى متصلة أو منفصلة) .

حظر التصرف ببيع الأراضى المقسمة قبل صدور قرار باعتماد التقسيم :

مفاد نص المادة 23 من القانون رقم 52 لسنة 1940 المعدل بالقانون رقم 3 لسنة 1982 أن أحكام قانون تقسيم الأراضى المعدة للبناء تسرى على المدن أما القرى فإن الأصل هو عدم خضوعها لها ما لم يكن بالقرية مجلس محلى ويصدر قرار من وزير الإسكان بسريان هذا القانون عليها .

الجزاء المترتب على حظر التصرف والبناء على الأرض المقسمة قبل صدور قرار باعتماد التقسيم :

حظر التصرف فى الأراضى الخاضعة للقانون رقم 52 لسنة 1940 بتقسيم الأراضى المعدة للبناء قبل صدور القرار بالموافقة على التقسيم هو حظر عام دعت إليه اعتبارات تتعلق بالصالح العام مقتضاها ترتيب البطلان جزاء مخالفته ، وهو بطلان مطلق . (الطعن رقم 1530 لسنة 50ق جلسة 1984/11/14) . وبأنه " الجزاء المترتب على مخالفة الحظر المنصوص عليه فى المادة العاشرة من القانون رقم 52 لسنة 1940 من التصرف والبناء فى الأراضى غير المقسمة وهو حظر عام ـ كما وصفته المذكرة الإيضاحية ، دعت إليه الاعتبارات التى أوضحت عنها ، وكلها اعتبارات تتعلق بالنظام العام وهو ما يقتضى ترتيب البطلان على مخالفة هذا الحظر ولو لم يصرح به واعتبار البطلان فى هذه الحالة مطلقاً يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ـ ولا ينال من ذلك ما أورده القانون 135 لسنة 1981 من وقف تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بالغرامة أو بإزالة أو هدم او تصحيح الأبنية والأعمال التى تمت بالمخالفة للقانون رقم 52 لسنة 1940 ـ إذ أن هذا الالغاء قاصر على أحكام الإزالة أو الغرامة فقط دون ما عداها من الآثار الأخرى ومن بينها حظر التصرفات والبناء فى الأراضى غير المقسمة وما يستتبعه من جزاء البطلان " (الطعن رقم 615 لسنة 52 ق ـ جلسة 1985/6/25) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الجزاء المترتب على مخالفة الحظر الصريح ـ من التصرف والبناء والأراضى المقسمة ـ الوارد فى المادة العاشرة من القانون رقم 52 لسنة 1940 هو حظر عام كما وصفته المذكرة الإيضاحية دعت إليه الاعتبارات التى أفصحت عنها ، وكلها اعتبارات تتعلق بالصالح العام ـ مقتضاه ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ ترتيب هذا الجزاء وإن لم يصرح به ، واعتبار البطلان فى هذه الحالة مطلقاً ، يجوز لكل ذى مصلحة ان يتمسك به ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى بطلان عقد البيع قد التزم صحيح القانون" (الطعن رقم 354 لسنة 37ق ـ جلسة 1972/5/25 س32 ص1020) وبأنه " أن النص فى المادة الثانية من مواد إصدار القانون رقم 3 لسنة 1982 بإصدار قانون التخطيط العمرانى على أن تحظر إقامة أية مبانى أو منشآت فى الأراضى الزراعية ، أو اتخاذ أية إجراءات فى شأن تقسيم هذه الأراضى ويعتبر فى حكم الأراضى الزراعية الأراضى البور القابلة للزراعة داخل الرقعة الزراعية ، ويستثنى من هذا الخطر : (أ) الأراضى الواقعة داخل كردون المدن المعتمد حتى 1981/12/1

مع عدم الاعتداد بأى تعديلات فى الكردون اعتباراً من هذا التاريخ إلا بقرار من مجلس الوزراء ، (ب) ...، مفاده أن الحظر الوارد فى هذا النص لا يشمل الأراضى سواء كانت زراعية أو فضاء مقسمه أو غير مقسمه ـ الواقعة داخل كردون المدينة المعتمد حتى 1981/12/1 ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه أخرج أرض النزاع من نطاق تطبيق أحكام القانون رقم 3 لسنة 1982 على سند من اطمئنانه إلى تقرير خبير الدعوى وهو من الأدلة التى تخضع لتقرير المحكمة ـ الذى انتهى إلى أنها تدخل فى نطاق كردون مدينة المنصورة المعتمد حتى 1981/12/1 فلا يسرى عليها الحظر الوارد بالمادة الثالثة سالفة البيان ، وقضى بصحة ونفاذ العقد سند الدعوى فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويضحى النعى عليه بهذين السببين على غير أساس . (الطعن رقم 1038 لسنة 59ق ـ جلسة 1994/1/19) . وبأنه " أن المادة العاشرة من القانون رقم 52 لسنة 1940 الخاص بتقسيم الأراضى المعدة للبناء المعدل بالقانون رقم 222 لسنة 1953 قد حظرت بيع الأراضى المقسمة قبل صدور قرار بالموافقة على التقسيم وهو حظر عام كما وصفته المذكرة الإيضاحية دعت إليه اعتبارات تتعلق بالصالح العام مما مقتضاه ترتيب البطلان على مخالفته وإن لم يصرح به واعتبار البطلان فى هذه الحالة بطلاناً مطلقاً لكل ذى مصلحة التمسك به وللمحكمة من تلقاء نفسها أعمال هذا الجزاء لتعلق الحظر بالنظام العام وإذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه بعد أن خلص إلى بطلان عقد البيع موضوع الدعوى لوروده على قطعة أرض ضمن تقسيم قبل صدور قرار باعتماده استطرد بقوله (إلا أنه وقد صدر قرار السيد محافظ البحيرة رقم 680 لسنة 1983 والمنشور بالوقائع المصرية فى 14 مارس سنة 1984 باعتماد التقسيم والذى ضمنه قطعة الأرض موضوع عقد البيع المطلوب القضاء بصحته ونفاذه وكان سبب بطلان ذلك العقد هو عدم صدور قرار بتقسيم تلك الأطيان وقد صدر ذلك القرار وتحققت الغاية التى ينشدها المشرع من البطلان وهو صدور قرار التقسيم واعتماده ومن ثم يكون صدور ذلك القرار قد صحح البطلان وهو الغاية التى ينشدها المشرع من النص والتصحيح يزيل البطلان حتى ولو كان متعلقاً بالنظام العام لما كان ذلك وكان مؤدى البطلان المطلق للعقد ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ ان يصبح معدوماً فلا ترد عليه الإجازة أو التصحيح فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر بأن اعتبر القرار اللاحق باعتماد التقسيم يزيل البطلان الذى شاب العقد ويصححه ورتب على ذلك قضاءه بصحة العقد يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه " (الطعن رقم 2406 لسنـة 59ق ـ جلسة 1994/1/13)

ثالثا : تخلف ركن السبب وأثر ذلك على التصرف القانونى

تنص المادة 136 من القانون المدنى على أنه " إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " .

وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى ي: قصد بالسبب .. الباعث المستحث فى التصرفات القانونية عامة لا فرق فى ذلك بين التبرعات والمعاوضات " .

يتضح إذن أن السبب هو ما ينظر إليه المتعاقد من وراء العقد أو المصلحة التى يسعى إلى الحصول عليها من العقد أو الغرض الذى يقصد الوصول إليه من طريق العقد .

ولكن هذا الغرض الذى يسعى العاقد إليه يختلف فقد تكون هناك أغراض متعددة منها ما هو قريب مباشر ،ومنها ما هو بعيد غير مباشر فالغرض الذى يسعى إليه البائع مثلا هو الحصول على الثمن والغرض الذى يسعى إليه المشترى هو الحصول على المبيع وهذا لا يختلف من بائع إلى بائع ولا من مشتر إلى أخر إذ الهدف الرئيسى لكل بائع هو الحصول على الثمن ولكل مشتر هو الحصول على المبيع إلا أن وراء ذلك قد توجد أغراض فردية أو شخصية متعددة متنوعة فقد يريد البائع مثلا الحصول على الثمن بقصد القيام بمشروع تجارى أو بقصد القيام برحلة أو بقصد اتفاقه على ملذاته وشهواته وهذا يختلف من شخص إلى آخر .

يتضح إذن أنه إذا كان السبب هو الغرض الذى يسعى إليه المتعاقد فان هذا الغرض أما قريب مباشر وهو واحد دائما فى النوع الواحد من العقود وإما بعيد غير مباشر وهو يختلف من شخص إلى أخر حتى فى النوع الواحد من العقود وقد حدا هذا إلى التميز بين سبب الالتزام وسبب العقد حيث وجدت نظريتان : النظرية التقليدية فى السبب والنظرية الحديثة . (د/ توفيق حسن فرج ، د/ جلال على العدوى فى النظرية العامة للالتزام)

فقد كانت النظرية التقليدية تعتد فى المقصود بسبب الالتزام بالسبب المباشر أو العقدى فترى أن سبب التزام كل متعاقد يتمثل فى التزام المتعاقد الآخر بحسبانه الغرض المباشر ففى العقود الملزمة للجانبين يكون التزام المتعاقد هو التزام المتعاقد الآخر كالشأن فى عقد البيع فان التزام المشترى بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية والعكس ، وفى العقود الملزمة لجانب واحد إذا كان عقدا رضائيا فالسبب هو إتمام العقد النهائى ، وفى عقود التبرع يكون السبب نية التبرع ، وهكذا يكون السبب فى كل نوع من العقود واحدا وهو السبب المباشر .

وظهرت النظرية الحديثة فى السبب والتى لا تقف فى تحديده عند السبب المباشر وإنما تراه يجاوز ذلك إلى السب غير المباشر ومن ثم عرفت السبب بأنه الباعث الدافع إلى التعاقد إذ أن الإرادة هى جوهر الالتزام ، والإرادة لابد لها من دافع يدفعها فيكون هذا الباعث هو السبب .

فقد ذهب السنهورى إلى أن المشرع المصرى باشتراطه مشروعية السبب يكون قد اخذ بالنظرية الحديثة فى تحديد المقصود بسبب الالتزام بينما ذهب اتجاه حديث الى نقد نظرية السبب من أساسها لامكان الاستغناء عنها . (يراجع فى ذلك المستشار الدكتور / عبد الرحمن عياد فى رسالته عن أساس الالتزام العقدى بند 113) ولكن الاتجاه السائد فى الفقه المصرى يرى التفرقة بين سبب الالتزام من جهة وبين سبب العقد من جهة أخرى فيتحدد سبب الالتزام وفقا للنظرية التقليدية بالسبب المباشر فى حين يتحدد سبب العقد وفقا للنظرية الحديثة غير المباشر ولا يشترط فى سبب الالتزام سوى شرط الوجود ، كما لا يشترط فى سبب العقد سوى شرط المشروعية، وكان المشرع المصرى فى ظل المادة 136 قد اخذ فى تحديد المقصود بالسبب بنظرة مزدوجة فهو من حيث شرط الوجود يتمثل فى الغرض المباشر وهذا هو سبب الالتزام وهو من حيث شرط المشروعية يتمثل فى الباعث الدافع إلى التعاقد وهذا هو سبب العقد ، ومن ثم إذا انعدم الغرض المباشر كان الالتزام باطلا لانعدام السبب ، وإذا وجد مثل هذا الغرض المباشر ، ولكن كان الباعث الدافع الى التعاقد غير مشروع كان العقد باطلا لعدم مشروعية السبب (يراجع فى هذا المعنى الدكتور / محمود جمال الدين زكى فى الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات طبعة 1978 بند 116 - الدكتور / حشمت أبو ستيت فى الالتزامات بند 233 – الدكتور / عبد الحى حجازى فى المصادر الإرادية بند 154

وما بعده – الدكتور / عبد المنعم فرج الصدة فى مصادر الالتزام بند 231 – الدكتور / عبد الرحمن مصطفى عثمان فى رسالته نظرية السبب طبعة 1984 ص 471 وما بعدها – الدكتور / محمود شعبان فى رسالته السبب الباعث على التعاقد فى الفقه الاسلامى طبعة 1994 ص 200 وما بعدها . (محمد كمال عبد العزيز ص837 ، مرجع سابق)

سبــب الالتــزام :

ويقصد بسبب الالتزام السبب بالمعنى الذى أخذت به النظرية التقليدية ، وهو الهدف المباشر أو السبب القصدى ، الذى لا يتغير فى النوع الواحد من العقود . (الدكتوران / توفيق حسن فرج وجلال على العدوى ، مرجع سابق) .

وقد اشترط أنصار النظرية التقليدية فى السبب شرطان هما :

أن يكون السبب موجودا :

فالقانون يستلزم أن يكون الالتزام سبب وإلا كان العقد باطلا فقد نصت المادة 136 مدنى على أنه " إذا لم يكن للالتزام سبب .. كان العقد باطلا " .

وإذا تخلف التزام احد المتعاقدين اختل التوازن ، فلا يقوم العقد نظرا لتخلف السبب ولكن الأمر يختلف بحسب ما إذا كان تخلف الالتزام المقابل قائما وقت العقد ، أو ما كان هذا التخلف قد طرأ بعد قيام العقد .

فإذا تخلف التزام احد المتعاقدين وقت إبرام العقد لا ينشا الالتزام ، وبالتالى لا ينعقد العقد لعدم وجود السبب ، والجزاء هو البطلان المطلق ، وفى الغالب من الحالات نجد أن تخلف سبب التزام احد الطرفين يقابله تخلف محل التزام الطرف الآخر ، مما يدعو إلى القول بان البطلان لتخلف السبب ، يصاحبه أيضا بطلان العقد لتخلف المحل ، مثل ذلك حالة إذا ما تعهد شخص ببيع شئ كان قد هلك من قبل فى هذه الحالة لا ينشأ التزامه لعدم وجود محل الالتزام ولا ينشا التزام الطرف الآخر بأداء الثمن لعدم وجود سبب الالتزام .

أما إذا تخلف سبب التزام احد المتعاقدين بعد العقد ، فإن الأمر يختلف ذلك أن العقد إذا قام صحيحا ، فلا يكون لتخلف السبب بعد ذلك من اثر على انعقاده ، وبالتالى لا يكون الجزاء على تخلف السبب هو البطلان . (توفيق فرج ، مرجع سابق)

فقد قضت محكمة النقض بأنه " الهدايا التى يقدمها احد الخاطبين للآخر إبان الخطبة ومنها الشبكة ، تعتبر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من قبيل الهبات فيسوى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام فى القانون المدنى ، ولما كان السبب ركنا من أركان العقد وينظر فى توفره أو عدم توفره إلى وقت انعقاد العقد وكان العقد فد انعقد صحيحا بتوفر سببه فإنه لا يمكن القول بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده ، ومن ثم فإذا كانت الخطبة هى السبب فى هذا النوع من الهبات وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع فان فسخها لا يمكن أن يؤدى إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الزواج " (1974/5/26 طعن 62 لسنة 39ق – م نقض م – 25 – 948 – وبنفس المعنى فى 1963/10/24 طعن 306 لسنة 28 ق – م نقض م – 14 – 967)

أن يكون السبب مشروعا :

إذا كان سبب الالتزام غير مشروع ، كان العقد باطلا طبقا لما يراه أنصار النظرية التقليدية فى السبب ، وقد يبدو أن المادة 136 مدنى مصرى تؤيد هذا الشرط حيث تنص على انه " إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " السبب غير المشروع الذى من شأنه أن يبطل العقد وفقا لحكم المادة 136 من القانونى المدنى يجب أن يكون معلوما للمتعامل الآخر فإذا لم يكن على علم به أو ليس فى استطاعته أن يعلمه فلا يعتد بعدم المشروعية (1979/11/29 طعن 626 سنة 46 ق – م نقض م – 30 العدد الثالث – 103) وبأنه " مؤدى النص فى المادة 136 من القانون المدنى أن مناط التحلل من الالتزام إلا يكون له سبب اى أن يكون السبب معدوما أو أن يكون سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب أو غير مشروع (1998/12/17 طعن 69 سنة 68 ق) وبأنه " لما كانت المادة 551 من القانون المدنى لا يجيز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية فان التنازل عن طلب الحجر يكون عديم الأثر قانونا ، ومن ثم فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأدلة سائغة فى حدود سلطتها الموضوعية أن عقد البيع قد انعقد مقابل التنازل عن دعوى حجر وان ثمنا لم يدفع فإنها تكون قد تحققت من صورية السبب الوارد فى العقد والحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى بطلان عقد البيع لا يكون قد خالف القانون "(1962/12/27 طعن 86 لسنة 26 ق – م نقض م – 13- 1214)

وبأنه " إذا كانت واقعة الدعوى هى انه حسما للنزاع القائم بين فريق قبيلتى السناقرة والقطعان وبين فريق الجبيهات بسبب حادثة قتل احد أفراد السناقرة وآخر من القطعان واتهام قبيلة الجبيهات فيهما ، اتفق بعض أفراد الفريقين بمقتضى كتابة موقع عليها منهم ، على أن يحكموا فى هذا النزاع قومسيون تحكيم مؤلفا من حكمدار – البحيرة رئيسا ، وثمانية أعضاء محكمين اختار كل فريق أربعة منهم ، وقرر الجميع أنهم قابلون للحكم الذى يصدر من هذا القومسيون مهما كان وأنهم مستعدون لتنفيذه بكل الطرق وأن قومسيون التحكيم المذكور أصدر حكمه بثبوت حصول القتل من قبيلة الجبيهات وبإلزام الموقعين عليه من أفراد هذه القبيلة بان يدفعوا إلى الموقعين عليه من أفراد قبيلتى السناقرة والقطعان مبلغ أربعمائة جنيه دية عن كل واحد من القبلتين بمجرد إتمام حلف أولياء دم كل قتيل خمسة وخمسين يمينا بان القتل حصل من قبيلة الجبيهات ، ووقع على هذا الحكم بعض أفراد هذه القبائل ، فان هذا الحكم يرتب على الموقعين عليه من أفراد قبيلة الجبيهات تعهدا بدفع مبلغ ثمانمائة جنيه للموقعين عليه من قبليتى السناقرة والقطعان معلقا على شرط حلف عدد معلوم من الأيمان ، وهاذ الشرط الذى قبل الطرفان تعليق تنفيذ التعهد على تحققه ليس مخالفا من الأيمان ، وهذا الشرط الذى قبل الطرفان تعليق تنفيذ التعهد على تحققه ليس مخالفا للقانون بل له أصله فى القسامة فى مسائل الدية فى الشريعة الإسلامية ، فهو إذا مستوف كل العناصر القانونية الواجب توافرها فى التعهدات وسببه ، وهو حصول المتعهدين على الصلح بينهم هم وباقى أفراد قبيلتهم وبين المتعهد لهم وباقى أفراد القبلتين الأخريين بخصوص حادثة القتل هو سبب صحيح جائز قانونا ، فالحكم الذى لا يعتبر هذا تعهدا ملزما يكون مخالفا للقانون (1944/5/18 طعن 47 لسنة 11 ق – م ق م – 44 – 838) وبأنه " إذا حصل المفلس على حكم برد اعتبار بناء على تقرير من دائنه بأنه استوفى دينه وكان الثابت والمعترف به من المفلس نفسه أن الدين لم يوف وإنما استبدل به دين آخر فليس فى هذا ما يجعل الالتزام باطلا لان سبب الدين الجديد موضوع السند هو الدين القديم الذى لم ينازع المفلس فى صحته ولا فى مشروعية سببه ولا يجدى فى ذلك الاستناد إلى المادة 1/149 من قانون التجارة التى تشترط لرد اعتبار المفلس عند قيامه بالوفاء من مال غيره بالديون المطلوبة منه بالتمام إلا يكون هذا الغير قد حل بجميع ما أداه من ماله ذلك لان مجال تطبيق هذه المادة إنما هو عند الحكم برد الاعتبار وتوافر الشروط اللازمة لذلك " (1955/1/20 – م ق م – 10 – 244)

ويتجه الفقه الحديث الى الاكتفاء بشرط وجود سبب الالتزام فقط مع تكملة ذلك باستلزام ان يكون سبب العقد او الباعث عليه مشروعا ، ذلك أن السبب بمعنى الغرض المباشر ، أى بمعناه التقليدى ، وهو سبب الالتزام يكفى أن يكون موجودا ، حيث تحتم الصياغة الفنية بقاءه باعتباره قيدا على الإرادة فإذا تخلف هذا للسبب بطل العقد .

ومع ذلك فقد يوجد السبب بالمعنى الفنى على النحو السابق ولكن يبطل العقد كذلك متى كان الباعث الدافع على العقد غير مشروع ، اى متى كان سبب العقد غير مشروع ، ولهذا يجمع الفقه بين سبب الالتزام ويستلزم فيه أن يكون موجودا ، وسبب العقد ويستلزم فيه أن يكون مشروعا . (الدكتور توفيق حسن فرج والدكتور جلال على العدوى ، مرجع سابق)

إثبات سبب الالتزام :

تنص المادة 137 مدنى على أن " 1- كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك . 2- ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذ قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى ان للالتزام سببا اخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى " لا يترتب على السبب الصورى بطلان العقد لمجرد الصورية بل يتوقف الأمر على السبب المستتر ، فإذا تخلف هذا السبب أو تحقق غير مشروع بطل العقد ، ففكرة انعدام السبب أو عدم مشروعيته هى التى يناط بها أمر الحكم على السبب الصورى ، أما فيما يتعلق بإثبات السبب فثمة قاعدتان أساسيتان ، أولهما افتراض توافر السبب المشروع فى الالتزام ولو اغفل ذكره فى العقد إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك ، ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذى يطعن فى العقد ، والثانية افتراض مطابقة السبب المذكور فى العقد للحقيقة إلى أن يقيم المدين الدليل على صوريته فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقى تلحق به صفة المشروعية .

يتبين إذن أن السبب قد يصرح به فى العقد وقد لا يصرح به إذا ذكر السبب ، اى إذا كان مصرحا به ، فان القانون يفترض انه صحيح ، والوضع الغالب أن يصرح فى سند التعاقد بسبب الالتزام .

أما إذا لم يذكر سبب الالتزام أو لم يصرح به فى العقد فان القانون يفترض أن للالتزام سببا مشروعا وبالتالى يعتبر العقد صحيحا وتقوم القرينة على أساس الوضع الغالب ، فالغالب أن المدين لا يلتزم دون سبب ، اى الغالب أن يكون لالتزامه سبب ، وعلى ذلك إذا تعهد شخص بان يدفع لآخر مبلغا معينا دون بيان لسبب التزامه (أداء ثمن فى بيع ، هبة ، قرض ...) ، اعتبر تعهده صحيحا ، دون أن يلزم المستفيد (الدائن) بإثبات السبب ، وإذا أراد المدين أن يثبت العكس لكى يتخلص من التزامه كان عليه عبء الإثبات ، فيثبت انه لا يوجد لالتزامه سبب ، وله أن يثبت ذلك بكل طرق الإثبات نظرا لان السند المكتوب لا يتضمن شيئا يتعلق بالسبب ، ولهذا إذا طالب الدائن المدين بتنفيذ التزامه الذى لم يذكر سببه ، كان على المدين ، إذ أراد أن يتخلص من التزامه ، أن يثبت أن هذا الالتزام لا سبب له. (الدكتوران توفيق حسن وجلال العدوى مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " النص فى الفقرة الأولى من المادة 137 من القانون المدنى على أن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك وفى الفقرة الثانية على أن يعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه ، مؤداه أن ثمة فرضين ، الأول أن يكون السبب غير مذكور فى العقد وفى هذا الغرض وضع المشروع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها ان للعقد سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب ، على أن القرينة قابلة لإثبات العكس فإذا ادعى المدين أن للعقد سببا غير مشروع يقع على عاتقه عب إثبات ذلك ، فإن اثبت ذلك فعليه أيضا أن يثبت علم الدائن بهذا السبب ، والفرض الثانى أن يذكر السبب فى العقد وفى هذا الفرض أيضا ثمة قرينة قانونية على أن السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى وهذه القرينة أيضا قابلة لإثبات العكس ، ويكون على المدين إما أن يقتصر على إثبات الصورية ، وفى هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقى ومشروعيته إلى الدائن وإما أن يثبت رأسا أن السبب الحقيقى للعقد غير مشروع ، فثمة فارقا بين الفرضين المذكورين " (1982/11/14 طعن 504 لسنة 46ق – م نقض م – 33 – 915)

وبأنه " مؤدى نص المادتين 136 ، 137 من القانون المدنى أن المشروع قد وضع بهما قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب فإن ذكر فى العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقى الذى قبل المدين أن يلتزم من اجله ، وإن ادعى المدين صورية السبب المذكور فى العقد كان عليه أن يقدم الدليل القانونى على هذه الصورية ومن ثم ينتقل عب إثبات أن للعقد سببا آخر مشروعا على عاتق المتمسك به " (1962/12/27 طعن 86 لسنة 26 ق – م نقض م 13 – 1214) وبأنه" مفاد المادة 2/137 من القانون المدنى إن ذكر سبب الالتزام فى العقد لا يمنع المدين من إثبات أن هذا السبب غير حقيقى وأن الالتزام فى الواقع معدوم السبب والادعاء بانعدام السبب لا يجوز للمدين إثباته بغير الكتابة اذا كان الالتزام مدنيا ، لأنه ادعاء بما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى ، طالما لم يدع المتعاقد بوقوع احتيال على القانون بقصد مخالفة قاعدة آمرة من قواعد النظام العام وذلك عملا بما تقضى به المادة 1/61 من قانون الإثبات وتقابلها المادة 1/401 من القانون المدنى الملغاة " (1976/12/21 طعن 369 لسنة 43ق – م نقض م – 27 – 1801) وبأنه " مؤدى نص المادة 2/137 من القانون المدنى إذا ذكر فى السند سبب الالتزام فإنه يعتبر السبب الحقيقى الذى قبل المدين أن يلتزم من اجله غير أن هذا لا يمنع المدين من أن يثبت بجميع الطرق أن السبب الحقيقى للالتزام غير مشروع " (1976/6/8 طعن 681 سنة 41 ق – م نقض م – 27 - 1291) وبأنه " ذكر سبب الالتزام فى العقد لا يمنع المدين من إثبات أن هذا السبب غير حقيقى وأن الالتزام فى الواقع معدوم السبب ولئن كان هذا الادعاء لا يجوز إثباته بغير الكتابة اذا كان الالتزام مدنيا لأنه ادعاء بما خالف ما اشتمل عليه دليل كتابى إلا أن إثباته يكون جائزا بطرق الإثبات كافة إذا كان الالتزام تجاريا على ما جرى عليه قضاء محكمة النقض من جواز إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى بغير الكتابة فى المواد التجارية ومن ثم فإذا صح ما تمسك به الطاعن (المدين) من أن التزامه تجارى فان الحكم المطعون فيه ، إذ قام قضاءه برفض طلب الطاعن تمكينه من إثباته انعدام سبب التزامه بغير الكتابة على أن سبب الدين قد ذكر صراحة فى السند وأن هذا يعتبر إقرارا من المدين بوجود ذلك السبب وبصحته يكون قد خالف القانون لما ينطوى عليه من مصادرة لحق الطاعن فى نقض ما هو مذكور فى السند بطرق الإثبات كافة كما أن إغفاله دفاع الطاعن المتضمن أن الالتزام قد اعجز محكمة النقض عن التحقق من صحة تطبيقه للقانون " (1966/10/27 طعن 243 لسنة 32 ق – م نقض م – 17 – 1592 – ويراجع 1998/3/25 طعن 293 سنة 62ق)

كما قضت بأنه " عقد القرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من المتمسك به فإذا كانت سندات الدين مذكورا فيها أن قيمتها دفعت نقدا ثم اتضح من الرسائل الصادرة من مدعيه الدين إلى مدينها فى مناسبات وظروف مختلفة بل وقبل تواريخ السندات وبعدها أنها كانت تستجدى المدين وتشكر له إحسانه عليها وتبرعه لها ، فهذه الوسائل يجوز اعتبارها دليلا كتابيا كافيا فى نفى وجود قرض حقيقى " (1932/11/3 – م ق م – 41 – 837 وانظر تعليق السنهورى على هذا الحكم بهامش ص 486 من الجزء الأول من الوسيط) وبأنه" نصت المادة 137 من القانون المدنى على أن كل التزام منه يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مباشرا مشروعا ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه ومؤدى ذلك أن القانون وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب فإن ذكر بالعقد فإنه يعتبر السبب الحقيقى الذى قبل المدين ان يلتزم من اجله فإذا ادعى المدين عدم مشروعية السبب فان عبء إثبات ذلك يقع على عاتقه ، أما إذا كان دفاعه مقصورا على أن السبب المذكور بالعقد هو سبب صورى فعليه أن يقوم للمحكمة الدليل القانونى على هذه الصورية وبذلك ينتقل عبء إثبات أن للعقد سببا آخر مشروعا الى عاتق المتمسك به ، وإذن فمتى كان الطاعنان لم يقدما الدليل على صورية السبب المدون فى السندات موضوع الدعوى ، وكانت المحكمة قد رأت فى حدود سلطتها الموضوعية أن القرائن التى ساقها الطاعنان ليستدلا بها على عدم مشروعية سبب الدين غير جدية وغير كافية لإضعاف الدليل الذى قدمه المطعون عليه ، وهو إثبات قرضه بسندات إذنية ثابت بها أن قيمتها دفعت للمفلس أو لضمانه وأن هذه القرائن لا تبرر إجابة الطاعنين إلى طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق فإنها لا تكون قد خالفت مقتضى المادة 137 من القانون المدنى " (1953/4/2 – م ق م – 837 – وبنفس المعنى فى 1950/4/6 – م ق م – 40 – 837)

وبأنه " إذا اقر الدائن بعدم صحة السبب الوارد فى سند الدين وذكر سببا آخر مشروعا على أن السبب الحقيقى كان إقراره هذا غير قابل للتجزئة وكان الالتزام قائما وصحيحا ما لم يثبت المدين أن هذا السبب الآخر غير صحيح " (1937/4/15 – م ق م – 39 – و837 – وبنفس المعنى 1986/2/5 طعن 1540 سنة 52 ق – م نقض م – 37 – 175) وبأنه " مجرد توقيع مصدر السند عليه يفيد التزامه بدفع قيمته ولو لم يذكر فيه سبب المديونية ذلك ان كل التزام ثم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك ويقع العبء على من يدعى انعدام السبب " (1954/4/8 – م ق م – 36 – 837 – وبنفس المعنى فى 1953/12/24 – م ق م – 34 – 837)

سبـــب العقـــد :

وهو الباعث أو الدافع الشخصى الذى يحمل المتعاقد على إنشاء العقد ، ويختلف عن سبب الالتزام من حيث انه ليس متماثلا فى طوائف العقود المختلفة ، ولكنه يختلف من عقد إلى آخر ومن شخص إلى آخر بحسب الدوافع الخاصة لكل متعاقد .

ويشترط فى سبب العقد أن يكون مشروعا وإلا كان العقد باطلا ، ويكون الدافع غير مشروع إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب .

ولكن لا يلزم أن يكون سبب العقد موجودا كما هو الشأن فى سبب الالتزام ، ذلك أن الباعث لابد أن يكون موجودا ، فلكل إرادة باعث يحركها ، ولا يتصور أن ينعدم الباعث للإرادة إلا إذا كانت إرادة شخص عديم التمييز .

إدخال الباعث فى نطاق التعاقد :

رأينا أن العقد يبطل إذا تبين عدم مشروعية سببه إلا انه يلزم لكى يتسنى إبطال العقد لعدم مشروعية سببه أن يكون الطرف الآخر على صلة به ، حتى لا يفاجأ بطلب البطلان استنادا إلى هذا السبب ، خاصة انه قد يرتب أموره على يؤدى إلى عدم الاستقرار فى نطاق المعاملات .

وإذا كان يلزم طبقا لهذا الاتجاه الأخير أن يكون الباعث لأخذ الطرفين غير مشروع ، وان يكون الطرف الآخر على صلة بذلك ، فإنه ليس من المحتم أن يكون هذا الباعث غير المشروع هدفا للطرفين أو متفقا عليه بينهما ، ولكن يكفى أن يعلم الطرف الآخر بعدم مشروعية الباعث أو يكون فى إمكانه أن يعلم بذلك من الظروف المحيطة ، فعلم الطرف الآخر بعدم مشروعية الباعث أو إمكان علمه بذلك يكفى للقول بان الباعث يدخل فى نطاق التعاقد وليس خاصا بأحد المتعاقدين 0 (الدكتور توفيق حسن والدكتور جلال العدوى ، مرجع سابق)

إلا أن هناك رأى يرى انه يكفى أن يتوافر العلم الذى لدى المتعاقد الآخر على النحو السابق ، فى عقود المعارضات فقط ، أما التبرعات فإنها تبطل متى كان الباعث غير مشروع ، حتى ولو لم يعلم به ، وترجع هذه التفرقة بين المعارضات والتبرعات إلى أن الطرف الآخر فى المعارضات أولى بالرعاية منه ، نظرا لأنه فى التبرعات لم يقدم أى عوض ، كما أن اعتبارات استقرار التعامل لا تبدو ملحة فى التبرعات .

إثبات سبب العقد :

إذا كان السبب المذكور فى العقد فإن القانون يفترض ان السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى إلى أن يثبت العكس ، وإذا أراد المدين أن يثبت عدم مشروعية السبب كان له ذلك بكافة طرق الإثبات ، ذلك أن إثبات عدم المشروعية يكون بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن .

أما إذا أراد المدين إثبات صورية السبب فإن يتعين عليه إثبات ذلك بالكتابة إذ لا يجوز إثبات ما يناقض الثابت كتابة إلا بالكتابة .

أحكــام النقــض :

عدم النص على السبب فى العقد يعنى قيام قرينة قانونية بسيطة مؤداها أن هناك سبب مشروع ، فإذا ذكر السبب قامت قرينة بسيطة على أن السبب جدى حتى يثبت انه صورية .

النص فى الفقرة الأولى من المادة 137 من القانون المدنى على أن كل التزام يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك وفى الفقرة الثانية على ان يعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب الفعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه ، مؤداه أن ثمة فرضين ، الأول أن يكون السبب غير مذكور فى العقد وفى هذا الغرض وضع المشرع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب فى العقد ، وفى القرض أيضا ثمة قرينة قانونية على أن السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقة ، وهذه القرينة أيضا قابلة لإثبات العكس ، ويكون على المدين إما أن يقتصر على إثبات الصورية ، وفى هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقى ومشروعيته إلى الدائن وإما أن يثبت رأسا أن السبب الحقيقى للعقد غير مشروع ، فثمة فارقا بين الفرضين المذكورين . (نقض جلسة 1982/11/14 المكتب الفنى السنة 33 رقم 167 ص 915)

إذا كان الحكم المطعون فيه قد نهج فى تكييف العقد محل التداعى تكييفا صحيحا ولم يخرج فى تفسيره عما تحتمله نصوصه فلقد استخلص من عبارته الظاهرة أن تصرف الأب المطعون ضده بابنه الطاعن فى حق الانتفاع بالأرض الزراعية التى سلمها إياه كان بغير عوض مما يعتبر من التصرف تبرعا اى هبه وقد وقعت الهبة باطلة لعدم مشروعية سببها المخالف للنظام العام بانصرافه إلى تعامل فى تركة مستقبلة ، وكان من المقرر أن تعيين الورثة وأنصبتهم وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق شرعا مما يتعلق بالنظام العام وتحريم التعامل فى التركات المستقبلة بأى نتيجة لهذا الأصل فلا يجوز قبل وفاة إنسان الاتفاق على شئ يمس بحق الإرث ، وإلا كان الاتفاق باطلا ، وكان الحكم قد استدل على قيام ذلك السبب غير المشروع – وهو الباعث الدافع إلى التبرع – بما ورد فى الاتفاق من بيان صريح يفصح عن أن ما تسلمه الابن الطاعن – ارض زراعية يمثل مقدار نصيبه ميراثا عن أبيه الذى لم يزل على قيد الحياة ومن اشتراط على هذا الابن بعدم المطالبة بميراث ارض أخرى من بعد وفاة الأب ، هو ما يعد استدلالا سائغا له مأخذه الصحيح من واقع ما اثبت بالاتفاق الذى انعقد بين الطرفين ،فان الحكم يكون قد التزم صحيح القانون فى تفسير الاتفاق وتكييف التصرف الثابت به الذى لحقه البطلان . (نقض جلسة 1979/11/29 المكتب الفنى السنة 30 رقم 358 ص 103

يشترط لبطلان التصرف لعدم مشروعيته السبب أن يكون الطرف الآخر عالما أيضا بعدم المشروعية فإذا لم يكن عالما أو لم يكن فى استطاعته ذلك ظل التصرف صحيحا.

السبب غير المشروع الذى من شأنه أن يبطل العقد وفقا لحكم المادة 136 من القانون المدنى أن يكون معلوما للمتعامل الآخر فإذا لم يكن على علم به وليس فى استطاعته أن يعلمه فلا يعتد بعد المشروعية . (نقض جلسة 1979/11/29 المكتب الفنى السنة 30 رقم 358 ص 103)

مفاد نص الفقرة الثانية من المادة 137 من القانون المدنى انه إذا ذكر فى سند الدين قيمته دفعت نقدا ، ثم قام الدليل على انتفاء القرض فإن على الدائن أن يقيم الدليل على أن للسند سببا حقيقيا مشروعا . (نقض جلسة 1971/6/24 المكتب الفنى السنة 22 رقم 134 ص 823)

قيود البناء الاتفاقية تعتبر - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - حقوق ارتفاق متبادلة مقررة لفائدة جميع العقارات الكائنة فى الحى والتى فرضت لمصلحتها تلك القيود فإذا خالفها اغلب أهل الحى أصبح العقار المرتفق به فى حل من الالتزام بها لانتفاء سبب هذا الالتزام . (نقض جلسة 1986/2/29 المكتب الفنى لسنة 19 رقم 63 ص 428)

مفاد الفقرة الرابعة من المادة 501 من قانون المرافعات والمادة 551 من القانون المدنى لا يجود التحكم بصدد تحديد مسئولية الجانى عن الجريمة الجنائية وإلا عد باطلا لمخالفته للنظام العام ، وإذا كانت المسألة التى نصب عليها التحكيم وبالتالى كانت سببا للالتزام فى السيد إنما نتنازل عن الجريمة ذاتها وتستهدف تحديد المسئول عنها وهى من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، فلا يجوز أن يرد الصلح عليها وبالتالى لا يصح أن تكون موضوعا بتحكيم وهو ما يستتبع أن يكون الإلزام المثبت فى السند باطلا لعدم مشروعية سببه . (نقض جلسة 1980/12/2 المكتب الفنى السنة 31 رقم 369 ص 1989)

أسباب أخرى للبطلان :

سبق أن ذكرنا أن أركان التصرف القانونى هى الرضا والمحل والسبب .

وتخلف إلا ركن من هذه الأركان يؤدى إلى بطلان التصرف .

ولكن إذا كان هناك بطلان متعلق بالرضا وبطلان متعلق بالمحل وآخر بالسبب .

فإن هناك أيضا بطلان متعلق بالشكل وبطلان متعلق بالثمن وبطلان متعلق بالصورية وبطلان متعلق بالتسليم .

وسوف نتناول هذه الحالات بشئ من التفصيل على النحو التالى :

البطلان المتعلق بالشكل

تعريف الشكل :

هو النموذج الذى أوجب القانون إفراغ العقد فيه ، ليحقق الأثر القانونى المطلوب منه .

وهناك الشكل القانونى وهو الشكل الذى يقرره القانون ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة 1/507 من القانون المدنى من انه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفى الشكل الذى افرغ فيه ذلك العقد .

كذلك ما نصت عليه المادة 1/1031 من القانون المدنى على أن " لا ينعقد الرهن إلا بورقة رسمية " .

وقد يكون مصدر الشكل الاتفاق يسمى شكل اتفاقى أى أن يتفق المتعاقدان على أن يكون العقد شكليا أى أن الشكلية تكون واجبة باتفاق المتعاقدين لا بحكم القانون .

ويترتب على تخلف الشكلية بطلان التصرف القانونى .

أحكام النقــض :

إن الهبة الباطلة شكلا ليست مجردة من كل الآثار القانونية ، إذ ينشأ عنها التزام فى ذمة الراهب ، بمعنى انه إذا أوفاه لا يستطيع استرداده وبمعنى انه ينقلب التزاما مدينا إذا حصل استبداله . (30 مايو سنة 1930 المحاماة 11 رقم 322 ص 653)

أنه وإن كان الأصل أن اشتراط الكتابة فى العقود الرضائية إنما يكون لمجرد إثباتها إلا انه ثمة كان يمنع المتعاقدين من اشتراط تعليق انعقاد على التوقيع على المحرر المثبت له ، إذ ليس فى هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام واستخلاص قصد المتعاقدين من هذا الشرط وهو مما يستقل به فاضي الموضوع وإذ فمتى كان الواقع هو أن الطاعن أقام الدعوى على المطعون عليه يطالبه برد ما دفعه إليه من تامين وبتعويضه عما لحقه من ضرر وما فاته من ربح من جزاء فسخ العقد المقول بإبرامه بينهما ، وكان الحكم إذا قضى برفض الدعوى فى خصوص التعويض قد أقام قضاءه على أن من بين شروط المناقصة التى قبلها الطاعن أن التعاقد لا يتم بين الطرفين إلا بتوقيع الطاعن العقد الخاص بها وانه هو الذى تخلف عن توقيع العقد وتكملة التامين رغم التنبيه عليه مرتين من المطعون عليه بالحضور لهذا الغرض بما اضطر هذا الأخير إلى إلغاء المناقصة ، وان العقد لم يتم بين الطرفين ، وان الطاعن وهو المتسبب فى عدم إتمامه لا يكون محقا فى طلب التعويض - متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك الطعن عليه بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه يكون على غير أساس . (نقض جلسة 1951/3/29 ربع قرن ج 1 ص 832 بند 6)

مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة 137 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة 364 من هذه اللائحة قبل إلغائها بالقانون رقم 629 لسنة 1955 ، انه منذ صدور هذه اللائحة ، كما كان الحال فى ظل اللائحتين الشرعيتين الصادرتين فى سنة 1897 وسنة 191 ، وحتى تاريخ العمل بقانون الوقف رقم 48 لسنة 1946 فى 1946/6/17 ، لم يكن الاشهاد شرطا لصحة التصرفات التى تندرج تحت المادة 137 سالفة الذكر ومن بينها التغيير فى الوقف

وإنما كان شرطا لسماع الدعوى بهذه التصرفات فى حالة الإنكار فقط فإذا كان هناك إقرار من الخصم فلا تحتاج الدعوى إلى مسوغ للسماع ، أما بعد العمل بالقانون رقم 48 لسنة 1946 فقد جعل المشرع الاشهاد شرطا لصحة هذه التصرفات ، وهو ما نص عليه فى المادة الأولى منه وما أوضحته المذكرة التفسيرية للقانون تعليقا على هذه المادة ولما كان الثابت فى الدعوى أن التغيير فى الوقف المطلوب إبطاله حصل فى 1938/9/1 وقبل العمل من الواقفة فان التصرف به يكون صحيحا متى استوفى شرائطه الفقه دون نظرا إلى وجود اشهاد رسمى به أو ما إذا كان قد أذن لكاتب المحكمة بالانتقال إلى المكان الذى ضبط فيه . لما كان ذلك فلا محل للطعن بالبطلان على هذا الاشهاد استنادا إلى أن كاتب المحكمة الذى أحيل إليه ضبطه قد حرره خارج مقر المحكمة دون أن يثبت فيه انه كان ماذونا بالانتقال . (نقض جلسة 1974/12/16 المكتب الفنى السنة 25 رقم 29 ص 164)

مؤدى نص المادة 20 من القانون المدنى أن المشرع اخذ بقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه ، وجعلها القاعدة العامة ، على ان للمتعاقدين اختيار اى قانون من القوانين الأخرى الواردة بها واختصاص القانون الذى يسرى على الشكل لا يتناول على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – إلا عناصر الشكل الخارجية – أما الأوضاع الجوهرية فى الشكل وهى التى تعتبر ركنا فى انعقاد التصرف كالرسمية فى الرهن التأمينى فتخضع للقانون الذى يحكم موضوع التصرف وليس لقانون محل إبرامه ومن ثم فإن الشكلية التى تقضى لإثبات التصرف تخضع لقانون محل إبرامه ، وعلى هذا فإذا استلزم القانون الذى يحكم موضوع التصرف الكتابة لإثباته ولم يستلزمها قانون محل إبرامه تعين الأخذ بهذا القانون الأخير . (نقض جلسة 1973/5/17 المكتب الفنى السنة 24 رقم 137 ص 277)

البطـلان المتعلـق بالثمــن

الثمــن هو مبلغ من النقود يلتزم المشترى بدفعه إلى البائع نظير نقل ملكية المبيع إليه وهو محل التزام البائع ومن ثم محلا فى البيع أى ركنا لانعقاده وهو بهذه المثابة يتعين أن تتوافر فيه شروط المحل بصفة عامة وهى المشروعية والوجود (أو المكان) والتعيين كما يشترط فيه فوق ذلك أن يكون مبلغا من النقود وأن يكون حقيقيا جديا . ويعتبر شرطا المشروعية والوجود متوافرين دائما فى الثمن لأنه من النقود ، ومن ثم يمكن القول بأنه يشترط فى الثمن توافر ثلاثة شروط أولهما أن يكون مبلغا من النقود وثانيهما أن يكون معينا وثالثها أن يكون حقيقا جديا . (المستشار محمد عبد العزيز المرجع السابق ص60) .

الشروط التى يجب توافرها فى الثمن :

يشترط الثمن ثلاثة شروط أولها أن يكون الثمن مبلغاً من النقود وثانيهما أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير وآخرها أن يكون الثمن حقيقياً جدياً .

- أولاً : أن يكون الثمن مبلغاً من النقود

فيشترط فى الثمن أن يكون مبلغاً من النقود لأن هذا الشرط هو ما يميز عقد البيع عن سائر المعاوضات الناقلة للملكية ، وفى هذا يختلف البيع فى التشريع المصرى عنه فى الفقه الاسلامى حيث البيع مبادلة مال بمال فتندرج المقايضة فى معنى البيع . وقد يتفق الطرفان على أن يكون الثمن مبلغا إجماليا يدفع دفعة واحدة أو على أقساط وقد يكون إيرادا مرتبا ، وقد يكون بعضه نقدا وبعضه إيرادا مرتبا وقد يكون دينا للمشترى فى ذمة الغير يحيله الى البائع إما إذا كان دينا فى ذمة البائع نفسه كان العقد وفاء بمقابل . وإذا تم البيع نظير ثمن بعضه نقود وبعضه غير نقود كانت العبرة فى تكييف العقد بالعنصر الغالب وعند الشك يكون العقد مزدوجا اى بيعا فى حدود الثمن النقدى ومقايضة فى حدود البدل غير النقدى . وإذا كان مقابل نقل الملكية خدمة يؤديها المشترى إلى البائع لم يكن العقد بيعا وإنما عقد غير مسمى . (البدراوى المرجع السابق بند 134 – السنهورى المرجع السابق بند 204 – سليمان مرقص بند 93) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى كان الحكم إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها مورث الطاعن بطلب بطلان العقد الرسمى الصادر منه إلى المطعون عليها الأولى ببيع منزل على أساس أن هذا العقد فى حقيقته وصية قد أقام قضاءه على (أن التصرف هو عقد بيع صحيح ناجز وليس ما يمنع قانونا من أن يكون الثمن مشترطا وفاؤه كإيراد مرتب لمدى حياة البائع ولو أتيح القول بأن الثمن منعدم فالعقد يظل على هذا الفرض عقداً صحيحا قانونا ناقلاً للملكية لأنه يكون بمثابة هبة قد تضمنها عقد رسمى والهبة تصح قانوناً إذا صيغت فى صورة عقد بيع أو عملت بعقد رسمى) . متى كان الحكم قد أقام قضاءه على هذا الأساس فإنه لا يبطله إغفاله طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت أن أجرة مثل المنزل تزيد على الإيراد المقرر مدى حياة البائع كمقابل للبيع .

إذ على فرض أن هذا الإيراد هو دون ريع المنزل وأن ذلك يجعل الثمن معدوما فيعتبر العقد باطلا كبيع فإن الحكم قد أقام قضاءه على أساس أن العقد يعتبر فى هذه الحالة هبة صحيحة قانوناً ذلك أن مورث الطاعن قد أقام دعواه على أساس أن العقد فى حقيقته وصية أى تبرع مضاف إلى ما بعد الموت وقد اثبت الحكم بالأدلة السائغة التى أوردها أن التصرف صدر ناجزا فيكون هبة صحيحة فى عقد رسمى ومن ثم فإن الطعن عليه بالقصور وبمخالفة القانون يكون على غير أساس " (1941/4/5 – م ق م – 42 – 350) .

- ثانياً : أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير

تنص المادة 423 على أن " يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد . وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى فإذا لم يكن فى مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف بأن يكون أسعاره هى السارية " .

الأسس التى يقوم عليها الثمن :

أن الثمن محل الالتزام المشترى . فيتعين وفقا لنص 123 أن يكون معينا أو قابلا للتعيين . فإذا لم يتفق طرفا العقد على ثمن نقدى معين أو على الأسس التى يتعين على أساسها هذا الثمن النقدى لم ينعقد البيع ووقع العقد باطلا بطلانا مطلقا ولكن لا يلزم لانعقاد البيع أن يكون الثمن المتفق عليه عادلا أو غير بخس إذ يكفى ألا يكون صوريا أو تافها .

وقد قضت محكمة النقض بأن " الثمن وإن كان ركنا أساسيا فى عقود البيع إلا أنه وعلى ما يستفاد من نص المادتين 423 ، 424 من القانون المدنى – لا يشترط أن يكون الثمن معينا بالفعل فى عقد البيع بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنا على الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد " (1980/1/28 الطعن 1051 لسنة 45 ق)

إخلاء العقد من ذكر الثمن فيه لا يبطل البيع طالما أن هناك إقرارا من طرفين بأن البيع تم نظير ثمنا مقدرا قبضه البائع :

إقرار طرفى العقد بأن البيع تم نظير ثمن نقدى قبضه البائع يعنى اقرارهما باتفاقهما على ثمن نقدى معين وهو ما يكفى لانعقاد البيع باعتباره عقدا رضائيا لا يلزم افراغه فى محرر مكتوب فإذا ثار نزاع حول صحة ما تضمنه العقد من اقرار طرفيه بأن البيع قد تم لقاء ثمن نقدى قبضه البائع فإن كان من ينازع فى ذلك أحد الطرفين امتنع عليه اثبات صورية ما ورد بالعقد فى هذا الشأن إلا بالكتابة وإن كان من ينازع من الغير جاز له اثبات ذلك بمختلف طرق الاثبات . أما إذا كان النزاع حول قدر الثمن المتفق عليه كما لو ادعى المنازع أنه ثمن تافه أو ينطوى على غبن – فى الحالات التى يعتد فيها بالغبن – جاز اثبات قدر الثمن المتفق عليه بمختلف طرق الاثبات ومنها البينة والقرائن ولو كان الاثبات من قبل أحد المتعاقدين وذلك بتقدير أن ما تضمنه العقد من اقرار طرفيه بالاتفاق على ثمن معين يصلح كمبدأ بالكتابة .

حرية تقدير الثمن والأسس التى يقدر على اساسها للمتعاقدين :

وللمتعاقدين حرية تقدير الثمن أو تحديد الأسس التى يقدر على أساسها إلا إذا تقيدت هذه الحرية بموجب القانون كالشأن فى السعر الالزامى للنقود الورقية والتسعير الجبرى لبعض السلع أو المرافق العامة ونزع الملكية للمنفعة العامة ، أو بموجب الاتفاق ، كأن يفرض تاجر الجملة على تاجر القطاعى سعرا معينا يبيع به البضاعة التى اشتراها منه.

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا اتفق المدين مع آخر على شراء العقار المنزوعة ملكيته اتقاء لخطر المجازفة وسعيا وراء الحصول على ثمن ثابت قدر أنه مناسب لقيمة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالتنفيذ بضمان حصولهم على كامل حقوقهم والتزم المشترى بالتدخل فى المزاد والمزايدة حتى يصل الثمن إلى الحد المتفق عليه بحيث إذا اضطر إلى الزيادة فى الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذه الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البائع بها فإن الدفع ببطلان هذا الاتفاق لمخالفته للنظام العام وانعدام سبب استحقاق المشترى للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الاخلال بحرية المزايدة أو ابعاد المزايدين عن محيطها بدليل أن المتعاقدين قدرا احتمال رسو المزاد على غير المشترى من المدين بثمن يزيد على الثمن المسمى مما يدل على انتفاء فكرة المساس بحرية المزايدة فضلا عن تحقيقه مصلحة المدين دائنيه وإما الادعاء بانعدام سبب المزايدة فمردوده بأن المتعاقد مع المدين أصبح بمقتضى الاتفاق المشار إليه فى مركز المشترى والمدين فى مركز البائع ومن حق المشترى الحصول على الزيادة وسببها القانونى هو العقد المبرم بينهما " (1955/1/20 – م ق م – 19 – 474) .

هل يجوز تحديد الثمن بالعملة الأجنبية ؟

يجوز تحديد الثمن بعملة أجنبية مع الالتزام بسداد ما يقابلها من العملة المصرية إذ يعتبر الثمن قابلا للتعيين بتحديد سعر الصرف يوم الاستحقاق أو يوم السداد بحسب الأحوال . (مرسى بند 102)

يجب أن تتوافر ثلاثة شروط عند تحديد أسس تعيين الثمن :

أولاً : يجب ألا يترك التحديد لمطلق إرادة أحد المتعاقدين 0السنهورى بند 207 وهامشه) إلا أن يقترن ذلك بما يجعل التحديد غير متوقف على محض الإرادة كان يتفق على تخويل البائع تحديد الثمن على اساس ما يدفعه فعلا فى شراء شئ آخر مماثل (غانم ص78 – منصور بند 29 – البدراوى بند 135 – مرسى بند 120 – الهلالى وزكى بند 113 – خميس بند 55) وقارن مرقص بند 97 حيث يرى جواز أن الاتفاق على أن يتولى أحد العاقدين تحديد الثمن دون ابطاء وعلى نحو عادل فإن أبطأ أو خالف العدالة جاز للطرف الآخر الالتجاء للقضاء لتحديد الثمن .

ثانياً : ألا يكون الأساس المتفق عليه لتقدير الثمن مبهما كالاكتفاء بالاتفاق على أن يكون الثمن عادلا أو حسب قيمة المبيع (غانم ص78 – السنهورى ص370 مرقص ص165 – مرسى بند 102) .

ثالثاً : ألا يتيح الأساس لأحد العاقدين التأشير فى تقدير الثمن فلا يجوز الاتفاق على البيع بالثمن الذى يعرضه غير المشترى أو يقبل الشراء به لأن هذا الاتفاق يفتح باب الغش يتواطؤ أحد العاقدين مع الغير للتقدم بالشراء بالثمن الذى يتفق ومصلحته ويعتبر مثل هذا الاتفاق وعدا بالتفضيل يعد بمقتضاه البائع بأن يفضل المشترى على الغير إذا قبل الشراء بالسعر الذى يعرضه الغير (منصور بند 29 – غانم ص78 – السنهورى هامش ص370 – مرسى بند 102 – الهلالى وزكى بند 114) فإذا توافرت هذه الشروط كان للمتعاقدين حرية تحديد أسس تعيين الثمن مادامت هذه الأسس حاسمة فى امكان تعيين الثمن . ويمكن ارجاع هذه الأسس إلى أربعة أنواع أولها يكون الثمن فيه ثمن شراء البائع ، وثانيهما أن يترك التقدير لأجنبى وثالثها أن يكون الأساس هو سعر السوق ، ورابعها أن يكون الأساس هو السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل وقد نصت على هذا الأساس الأخير المادة 424(السنهورى بند 208) .

فإذا كان الأساس هو ثمن شراء البائع جاز الاتفاق على أن يكون الثمن هو ثمن شراء البائع أو بأكثر أو بأقل منه بقدر معين أو ثمن التكلفة مع إضافة ربح معين ، أو متوسط الاثمان التى باع بها التاجر فى وقت معين . وفى جميع الأحوال يكون للمشترى أن يثبت أن الثمن الذى بينه البائع يزيد على الثمن الحقيقى ويكون له اثبات ذلك بمختلف الطرق ، ومنها البينة والقرائن (السنهورى بند 209) وتعرف هذه الصور من البيع فى الفقه الاسلامى ببيع الامانات وتضم أربعة صور أولها : بيع المرابحة بأن يزيد الثمن قدرا معلوما عن ثمن شراء البائع ، وثانيها : بيع الوضيعة بأن ينقض الثمن قدراً معلوما عن ثمن شراء البائع . وثالثها : بيع التولية حيث يتساوى الثمن مع ثمن شراء البائع ، ورابعها بيع الاشراك وفيها يتم بيع جزء مما اشتراه البائع نظير ما يقابله من ثمن شرائه (يراجع فى تفصيل ذلك السنهورى فى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى الجزء الثانى ص166 وما بعدها وفى الوسيط فى الجزء الرابع بند 209) .

وإذا كان الأساس هو تقدير أجنبى وجب أن يتفق الطرفان على الشخص أو الأشخاص الذين يفوضانهم فى تحديد الثمن وأن يتفقا على ما إذا كان التحديد يتم بإجماعهم أو بأغلبية آرائهم ، ولا يعتبر الأجنبى المفوض فى تقدير الثمن خبيرا لأن رأى الخبير غير ملزم ، كما لا يعتبر حكما لأن الحكم لا يكون إلا فى نزاع وإنما هو يعتبر وكيلا عن المتعاقدين فيلزمهما تقديره ولا يستطيع أحدهما أن يستقل بعزله ويملك كل منهما التمسك بما وقع فيه الوكيل من غلط أو تدليس أو اكراه (السنهورى بند 212 – مرسى بند 105 – خميس ص 100 وقارن مرقص ص167) حيث يعتبر تقدير الأجنبى واقعة مادية – والبدراوى ص205 - ومنصور ص58 حيث يريان أن الاتفاق على تفويض أجنبى فى تحديد الثمن يعتبر اتفاقا من نوع خاص – والهلالى وزكى هامش ص114 حيث يريان أن هذا الاتفاق يعتبر تفويضا فى تحديد الثمن من حيث قبوله . ويلزم الاتفاق على الأجنبى وتفويضه عند ابرام البيع فإن أرجئ ذلك إلى وقت لاحق لا يعتبر البيع منعقدا إلا من تاريخ الاتفاق على الأجنبى وتفويضه فإن امتنع أحد الطرفين عن ابرام هذا الاتفاق كان مسئولا عن التعويض الطرف الآخر ولكن البيع لا يتم وإذا عزل الطرفان المفوض لم ينعقد البيع إلا بايقافهما على الثمن أو اتفاقهما على تعيين مفوض آخر ، وإذا امتنع المفوض لم يتم البيع ولا يملك القاضى تعيين بديل عنه

وكذلك الشأن فيما لو حدد المفوض مع اشتراط اتفاقهم ولو يتم هذا الاتفاق أو امتنع أحدهم وإذا فوض الطرفان أجنبيا فى تعيين آخر لتقدير الثمن فلا يتم البيع إلا بتعيين هذا الأخير . ولا يجوز الاتفاق على تفويض القاضى فى تقدير الثمن لأن القاضى تقتصر مهمته على حسم الخلاف حول العقود دون تكملتها . ويعتبر البيع تاما من تاريخ الاتفاق على تفويض الأجنبى فى تقدير الثمن على النحو المتقدم ولكنه يعتبر معلقا على شرط واقف هو قيام المفوض بالتقدير فإذا تخلف هذا الشرط لأى سبب كامتناع المفوض أو موته أو تعذر قيامه بمهمته اعتبر البيع كأن لم يكن (السنهورى بند 212 وهوامشه – مرقص بند 101)

وعند تحديد الثمن بسعر السوق يرجع فى تحديد السوق ووقت السعر فيه إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية ، فإن لم توجد تحدد مكان وزمان السعر بمكان وزمان التسليم . فإن لم يكن فى مكان التسليم سوق فالمرجع إلى العرف ، فإذا كانت أسعار السوق متغيرة من وقت لآخر تحدد السعر بمتوسط أسعار اليوم ، ولا يقتصر المقصود بالسوق على الأسواق المنظمة وإنما يشمل كل مكان يجرى فيه البيع على نطاق واسع (منصور بند 30 – البدراوى بند 137 – السنهورى بند 210) وتشمل هذه الصورة الاتفاق على تحديد السعر بسعر الفتح أو الاقفال فى البورصة ، أو حسب جدول التسعيرة الجبرية عن التسليم (البدراوى بند 137 - الهلالى وزكى بند 114) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " يعتبر البيع على الوجه أو بالكونتراتات صحيحا لأنه لا يختلف عن البيع العادى ألا فى ترك تحديد السعر (الثمن) للسوق أو للبورصة على الأسس التى توضح فى تلك العقود والتى تؤدى إلى تعيينه بلا نزاع " (1957/6/27 - م نقض م – 8 – 643) " . وبأن " عقود البيع تحت القطع تقتضى على ما جرى به قضاء النقض أن يكون للمشترى خيار التغطية مقابل حق البائع فى القطع ويلتزم البائع لذلك أن يوفر للمشترى الوقت الذى يتسع لاجراء عملية التغطية التى تتم بعملية عكسية يجريها المشترى فى بورصة العقود وفى وقت القطع وبسعره وعن مقدار معادل للمقدار الذى طلب البائع قطع سعره كى يأمن المشترى تقلبات الأسعار ومتى تمت التغطية تحقق المشترى مركز قائم فى البورصة قوامه عملية البيع التى يكون قد أجراها فى هذه البورصة " (1964/2/20 – م نقض م – 15 – 271)

وبأن " عقود بيع القطن تحت القطع – على ما جرى به قضاء النقض – تقتضى أن يكون للمشترى التغطية مقابل حق البائع فى القطع ويلتزم البائع لذلك بأن يوفر للمشترى الوقت الذى يتسع لاجراء عملية التغطية التى تتم بعملية عكسية يجر بها المشترى فى بورصة العقود فى وقت القطع وبسعره عن مقدار معادل للقدر الذى تم قطعه من البائع كى يأمن تقلبات الأسعار ومتى تمت التغطية تحقق للمشترى مركز قائم فى البورصة قوامه العملية العكسية التى يكون قد أجراها ببورصة العقود ، أما إذا استحال اجراء عملية التغطية لعدم وجود تعامل فعلى فى بورصة العقود فلا يتحقق هذا المركز " (1963/4/11 – م نقض م – 14 – 529) . (يراجع فى هذا المستشار محمد عبد العزيز ص110 وما بعدها – السنهورى المرجع السابق – البدراوى – الهلالى وزكى بند 114 ، سليمان مرقص – والمراجع السابق المشار إليها)

- ثالثاً : أن يكون الثمن حقيقيا

لا يكفى أن يكون الثمن معينا فى العقد بل يجب ايضا أن يكون ثمنا حقيقيا أى جديا وإلا كان كالعدم ، والثمن الحقيقى أو الجدى هو الذى تكون إرادة الطرفين قد اتجهت الى الزام المشترى بأن يدفعه باعتباره مقابلا حقيقيا لانتقال ملكية المبيع اليه

ولا يكون الثمن جديا اذا كان تافها أو صوريا ، الا انه لا يمنع من جدية الثمن ان يكون ثمنا بخسا فكونه كذلك يدخل فى الغبن الفاحش ومع ذلك جديا .

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان الظاهر من عقد البيع أنه وقع مقابل ثمن معين وكان منصوصا فيه على أن البائع تبرع لولده المشترى بهذا الثمن وعلى أن المشترى التزم بتجهيز أختيه وبالانفاق عليهما وعلى أمه بعد وفاة أبيه ، واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة فإنها لا تكون قد أخطأت فى تكييفه ، فإن مجرد النص على أن الوالد تبرع ، بالثمن يكفى لاعتبار العقد هبة مكشوفة أما ما التزم به الموهوب له فى هذا العقد من تجهيز اختيه ومن الانفاق عليهما وعلى والدته بعد وفاة أبيه فلا يعدو أن يكون مقابلا للهبة ولا يخرج عقدها عن طبيعته " (1946/5/22 – م ق م – 41 – 350) .

الثمــن الصــورى :

هو الثمن الذى لم يقصد الطرفان أن يلتزم به المشترى وأن سمياه فى العقد فإن كان الثمن المسمى فى العقد صوريا ولكنه غير تافه كان العقد هبة مستترة فى عقد بيع ، أما إذا كان الثمن الصورى المسمى تافها أو نص فى العقد على ابرام البائع للمشترى من الثمن أو تبرعه له به كان العقد هبة مكشوفة فيتعين لانعقاده افراغه فى محرر رسمى والا وقع باطلا ، اما اذا سمى الثمن فى العقد كان غير صورى وغير نافد انعقد البيع صحيحا ولو ابرم البائع بعد ذلك المشترى من الثمن أو تبرع له به (السنهورى بند 210 – مرقص بند 105 – منصور بند 28 – البدراوى بند 144 – مرسى بند 99) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " أن التصرف المنجز حال حياة المتصرف ولو كان من غير عوض ومقصودا به حرمان بعض الورثة ، هو تصرف صحيح متى كان مستوفيا شكله القانونى فإذا كل من المسلم به أن عقد البيع المتنازع عليه قد صدر منجزا ممن هو أهل للتصرف ، ومستوفيا لكل الاجراءات التى يقتضيها القانون فى مثله ، وسجل قبل وفاة المتصرف بزمن طـويل ، فهو صحيح سواء اعتبر عقد بيع حقيقى أو هبة يسترها عقد بيع (1938/6/22 – م ق م – 40 – 350) وبأنه " متى كان الحكم قد قرر أن العقد الصادر من المورث لزوجته هو عقد بيع عين فيه المبيع والثمن وأن لا عبرة بعدم ذكر قبض الثمن يفيد التزام المشترى بدفع الثمن المسمى ولأن المادة 48 مدنى تجيز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفا بعقد آخر وتجعل مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الذى يسترها مستوفى الأركان والشرائط القانونية فإن كان العقد الساتر بيعا ولم ينص فيه على ثمن ما أو أبرئ المشترى من الثمن أو وهب له فالعقد هبة لا تصح قانونا إلا إذا كانت حاصلة بعقد رسمى " (1938/6/9 – م ق م – 12 – 346) وبأنه " تصرف الأب بالبيع المنجز فى عقار يملكه إلى ابنه القاصر يعتبر تصرفا صحيحا ونافذا سواء كان فى حقيقته بيعا أو هبة مستترة فى صورة عقد بيع ، وبتسجيله تنتقل ملكية العقار المبيع إلى القاصر ، ولا يترتب على ثبوت صورية الثمن سوى إعفاء الأب من تقديم حساب عن هذا العقار ومن الحصول على إذن من محكمة الأحوال الشخصية عند تصرفه فيه بصفته وليا شرعيا على ابنه القاصر وذلك بالتطبيق لنص المادة 13 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 فى شأن الولاية على المال " (1980/5/19 الطعن 1589 لسنة 48ق)

وبأنه " إذ أقامت محكمة الاستئناف قضاءها بنفى صورية العقد وأنه كان بيعا باتا مقابل الثمن المحدد به والذى قبضه البائع فى وقت إبرام العقد على ما خلصت إليه من أقوال الشهود وما اطمأن إليه وجدانها على أسباب سائغة تكفى لحمله ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن من نعى بإغفال دفاعه الجوهرى المؤسس على رجوع المورث عن وصيته - لا يعدو أن يكون جدلا فى تقدير المحكمة للأدلة مما لا يجوز إبداؤه أمام محكمة النقض " (1980/12/23 - الطعن 772 لسنة 49ق) .

الثمــن التـافــه :

هو الثمن الذى يصل فى عدم تناسبه مع قيمة المبيع حدا يبعث على الاعتقاد بأن البائع لم يتعاقد للحصول عليه وأن كان قد حصل عليه فعلا كأن يبيع الشخص دارا قيمتها ألفى جنيه بعشرين جنيها ، وفى ذلك يختلف الثمن التافه عن الثمن البخس الذى لا يهبط عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى هذا الحد وإن كان ينطوى على الغبن ومن ثم ينعقد به البيع وإن كان يجوز الطعن فيه بالغبن فى الاحوال التى يجوز فيها ذلك . ورغم ذلك ورغم اختلاف الثمن التافه عن الثمن الصورى غير التافه لا يجعل البيع ساترا لهبة بل يجعله هبة مكشوفة لا تنعقد إلا إذا أفرغت فى محرر رسمى ويلحق بالثمن التافه أن يكون مرتبا مدى حياة البائع يقل عن ريع المبيع إلا إذا ظهر من الظروف أن هذا الريع غير مستقر وعرضه للنقصان ، وأن البائع أراد أن يضمن ايرادا مستقرا . (السنهورى بند 216)

الثمــن البخـــس :

تنص المادة 425 من القانون المدنى على ما يأتى :

إذ بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس - فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة اخماس ثمن المثل .

ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع .

كما تنص المادة 426 على أن :

تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع .

ثم تنص المادة 427 مدنى على أنه " لا يجوز الطعن بالغبن فى بيع ثم كنص القانون بطريق المزاد العلنى) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " لا يشترط أن يكون المقابل فى عقد البيع – الثمن – متكافئا مع قيمة المبيع ، بل كل ما يشترط فيه ألا يكون تافها فالثمن البخس يصلح مقابلا لالتزامات البائع وادعاء هذا الأخير بأنه باع بما دون القيمة على علم منه ذلك تخلصا من تعرض الغير له فى الأطيان المبيعة وعجزه عن تسليمها لا يكفى لابطال البيع ألا أن يكون قد شاب رضاءه اكراه مفسد له " (1951/2/8 – م ق م – 13 – 346) . (يراجع فى هذا المرجع السابق للدكتور سليمان مرقص ص160 وما بعدها الدكتور السنهوري المرجع السابق ص460 وما بعدها) .

للمتعاقدين الحرية فى تحديد الثمن :

الأصل أن المتعاقدين الحرية فى تقدير الثمن غير أن هذه الحرية قد تقيد بالاتفاق أو بالقانون فهى قد تقيد بالاتفاق فى الحالة التى يتفق فيها منتج السلعة أو من حصل على حق توزيعها مع موزعيها على عدم بيعها إلا بسعر معين ويعرف هذا السعر بالسعر المفروض فإن خالف الموزع ذلك صح البيع الصادر منه ولكنه يعتبر مخلا بالتزامه قبل المنتج وهى قد تتقيد بالقانون فى صورة التسعير الجبرى لبعض السلع ولا يسرى هذا التسعير إلا على البيوع التى تبرم فى ظل التسعيرة الجبرية فإذا عدلت فلا يلتزم المشترى إلا بالسعر السائد عند انعقاد البيع وليس عند التسليم وإذا تم البيع بأزيد من السعر الجبرى لم يبطل البيع ولكن يكون للمشترى استرداد الفرق (البدراوى بند 150) ومن القيود التى يفرضها القانون السعر الالزامى للنقود إذ توجب قبول النقود الورقية وتفرض لها سعرا الزاميا فى الوفاء ومن ثم يقع باطلا شرط الزام المشترى بدفع ما يقابل الثمن ذهبا ويسرى ذلك فى مصر على المعاملات الداخلية والخارجية على السواء . (البدراوى بند 151) .

دفع البائع دعوى صحة التعاقد بعدم سداد المشترى للثمن :

إذا دفع البائع دعوى صحة التعاقد بإخلال المشترى بالتزامه بسداد الثمن وجب على المحكمة أن تفصل فى ذلك وتكون العبرة بما حل من الثمن حتى تاريخ صدور الحكم طبقاً لما نص عليه فى العقد وذلك لأن " الثمن ركن من أركان البيع التى يجب التثبيت من توافرها قبل الحكم بانعقاده . وما يجريه قاضى الموضوع من هذا التثبيت – فى دعوى صحة التعاقد – يجب عليه أن يورده فى اسباب حكمه ليقوم هذا الايراد شاهدا على أنه لم يغفل أمر هذا الركن من أركان العقد المتنازع فيه ، وليمكن به محكمة النقض من أن تأخذ بحقها فى الاشراف على مراعاة أحكام القانون . فإذا كان الحكم الصادر بثبوت حصول البيع بين طرفين وبالترخيص بتسجيل الحكم ليقوم مقام العقد فى نقل الملكية مجهلا فيه ركن الثمن المقول بأن البيع تم على اساسه فإنه يكون مشوبا بقصور أسبابه متعينا نقضه " (1946/2/28 – م ق م – 102 – 638) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : متى كان المشترى قد رفع الدعوى بطلب صحة التعاقد عن عقد البيع وأسس دعواه على أنه وفى بالتزامه بالثمن وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذا الوفاء كما دفع البائع الدعوى بعدم وفاء المشترى بكامل الثمن فقضت المحكمة بصحة التعاقد وكان مفهوم ما ذكرته عن ذلك الوفاء أن نظر المحكمة إنما يتعلق بصحة التعاقد فحسب وليس لها أن تتعرض إلى أمر الوفاء أو عدم الوفاء بالالتزامات المترتبة على التعاقد فإنها تكون قد أخطأت فى فهم القانون خطأ جرها إلى التخلى عن النظر فيما دفع به البائع من عدم وفاء المشترى بكامل الثمن وفيما رد به المشترى من جانبه وأسس عليه دعواه من أنه وفى بالتزامه بالثمن ويكون الحكم قد شابه قصور مبناه الخطأ فى فهم القانون – ذلك أن عقد البيع من العقود التبادلية والبائع لا يجبر على تنفيذ التزامه إذا ما دفع الدعوى بعدم قيام المشترى بتنفيذ التزامه بأنه لم ينقل الملكية حتى يقوم المشترى بتنفيذ ما حل من التزامه" (1957/11/14 – م نقض م – 8 – 789 وبنفس المعنى فى 1957/4/25 – م نقض م – 8 – 451) .

وبأنه " متى كان الثابت أن المشترى دفع جزءا من ثمن المبيع عند تحرير عقد البيع واتفق على سداد الباقى عند تحرير العقد النهائى وأن البائع تمسك أمام محكمة الموضوع بأن المشترى لم يوف كامل الثمن المستحق فى ذمته فإن الحكم يكون قد خالف القانون إذا قضى بصحة ونفاذ العقد دون أن يقيم الدليل على وفاء المشترى بكامل الثمن كما أنه يكون قد عاره قصور فى التسبيب إذا لم يرد على دفاع البائع فى هذا الخصوص " (1957/4/25 – م نقض م – 8 – 451) . وبأنه " ما دامت محكمة الموضوع قد سجلت على المشترى بحق أنه عجز عن اثبات وفائه بالثمن بما يثبت به قانونا فإنه لا يجوز له أن يطلب اجبار البائع على تنفيذ التزاماته التى من شأنها نقل الملكية عن طريق الدعوى المرفوعة بصحة التعاقد أو صحة ونفاذ العقد لأن من حق البائع أن يحبس التزامه هذا حتى يقوم المشترى بتنفيذ ما حل من التزاماته " (1967/3/30 – م نقض م – 18 – 743) . وبأنه " إذا كانت النصوص الخاصة بالرقابة على عمليات النقد نصوص آمره ومتعلقة بالنظام العام وكان ثمن الأرض المبيعة دينا مستحقا على مدينين فى مصر (الطاعنين) الدائنين فى الخارج (المطعون عليهم الأربعة الأول) محظورا تحويل قيمته إليهم طبقا لأحكام القانون رقم 80 لسنة 1947 ، فإن دفعه فى حساب مفتوح لصالحهم " حساب غير مقيم فى مصرف مرخص له بذلك فى مصر ، هو الوسيلة الوحيدة المبرئة لذمة أولئك المدينين ، طالما أن الإدارة العامة للنقد لم تحدد طريقة أخرى بمقتضى تعليمات عامة أو بموافقة خاصة . ولا يعتبر خطاب الإدارة العامة للنقد إلى محامى الطاعنات باستعداد الإدارة للنظر فى تنفيذ الحكم النهائى بعد الفصل فى الاستئناف أو بتقديم اقرار رسمى من البائعين أو وكلائهم باستلامهم كامل ثمن الأرض المبيعة موضوع العقد – موافقة خاصة من الإدارة المذكورة ، لأنه لا يفيد سوى استعداد الإدارة للنظر فى تنفيذ الحكم النهائى بعد صدوره ، و النظر فى الأمر عند تقديم الاقرار الرسمى عن البائعين أو وكلائهم ، وبالتالى فلا يحمل معنى الموافقة الخاصة الواجب ثبوتها قبل الحكم بصحة ونفاذ العقد ، ولا يجعل وفاء الطاعنات بالثمن لمحامى البائعين وفاء مبرئا للذمة " (1981/1/8 – الطعن 1413 لسنة 47) وبأن " عدم تجزئة الالتزام يصح تقريره بإرادة المتعاقدين – وإذن فمتى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن اشترى من المطعون عليه قطعتى أرض منفصلتين الواحدة عن الأخرى أفرغا معا فى محرر واحد ،

وكان الحكم إذ قضى برفض الدعوى التى اقامها الطاعن يطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين تأسيسا على أن التزامات الطاعن بالنسبة إلى القطعتين واحدة لا تقبل التجزئة وأنه قصر فى الوفاء بها . قد أقام قضاءه على أن الطاعن تعهد بوفاء دين قطعة مما يتبقى من ثمن الثانية وأن نية المطعون عليه واضحة فى هذا من رغبته التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعتى الأرض على السواء لمشترى واحد يكمل من باقى ثمن احداهما ما على الأخرى لنفس الدائن - متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك فإن ما ينعاه عليه الطاعن من خطأ فى تطبيق القانون استنادا إلى أنه أوفى إلى المطعون عليه بكامل ثمن القطعة التى طلب الحكم بصحة ونفاذ العقد بالنسبة إليها يكون على غير اساس " (1951/3/22 - م نقض م - 2 - 444) .

كما قضت بأن " الحكم برفض دعوى صحة التعاقد لعدم قيام المشترى بالتزامه بدفع كامل الثمن معناه - فى هذه الصورة - رفضها بحالتها وهو لا يمنع المشترى من العودة إلى دعوى صحة التعاقد إذا ما قام بإيفاء البائع بباقى الثمن " (1965/11/4 - م نقض م - 16 - 973) وبأنه " لا يجوز لغير البائع أن يدفع دعوى صحة التعاقد بتخلف المشترى عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن لأن هذا الدفع هو بذاته الدفع بعدم التنفيذ ولا يقبل إلا من المتعاقد الآخر فإذا كان البائع لم يطعن فيما قضى به الحكم المطعون فيه من اعتبار العرض والايداع الحاصلين من المشترى صحيحين وما رتبه على ذلك من اعتبار الإيداع مبرئا لذمة هذا المشترى من الثمن ، فإنه لا يقبل من الطاعن وهو مشترى ثان - الطعن على الحكم المطعون فيه فى هذه الخصوص ما دام البائع قد ارتضاه ولم يطعن فيه " (1967/12/28 - م نقض م - 18 - 1932) .

هل يجوز للمشترى الوفاء بما حل من الثمن عن طريق ايداعه خزينة المحكمة مباشرة دون أن يسبق هذا الإيداع عرض ؟

مؤدى نص المادة 338 من القانون المدنى أن للمدين الوفاء بدينه عن طريق ايداعه مباشرة دون عرضه على الدائن إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك . فمتى كان الحكم قد أقام قضاءه بصحة إيداع الثمن دون أن يسبقه عرض حقيقى على ما قرره من أن البائع أقام دعواه بفسخ عقد البيع قبل رفع المشترى لدعواه بصحته ونفاذه وأن التزم المشترى بدفع باقى الثمن معلق على التوقيع على العقد النهائى ،

وقد امتنع البائع عن التوقيع عليه ، وخلص الحكم من ذلك إلى أن هذين السببين جديان ويبرران هذا الاجراء طبقا للمادة 338 من القانون المدنى . فإن هذا الذى ذكره الحكم فى تبرير قيام المشترى بايداع باقى الثمن مباشرة دون عرضه على البائع هو قول مؤدى إلى ما انتهى إليه من اعتبار الإيداع صحيحا (1966/11/15 – م نقض م – 17 – 1689) وبأن " الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع يقوم مقام التوقيع أمام الموثق على عقد البيع النهائى ويحل محله فى التسجيل فإذا كان وفاء باقى الثمن الذى أودعه خزانة المحكمة إلا بعد صدور حكم نهائى بصحة ونفاذ ذلك العقد هو اشتراط صحيح " (1966/11/15 – م نقض م – 17 – 1689) .

إذا تمسك البائع بفسخ البيع لعدم سداد الثمن تسرى القواعد العامة فى الفسخ :

الفسخ المبنى على الشرط الفاسخ الضمنى طبقا ، للمادة 157 من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يخول المدين الحق فى أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين إلى ما قبل صدور الحكم النهائى فى الدعوى ، ما لم يتبين لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن ، فإنه لا عبرة بقدر ما لم يوف به من التزام المدين عند نظر الدعوى امام محكمة اول درجة ، بل العبرة بما يكون عليه الحال عند الحكم النهائى . (1981/6/2 – الطعن 403 لسنة 48ق) . وقد قضى بأن " اعطاء المشترى المتأخر فى دفع الثمن اجلا للوفاء به طبقا للمادة 2/157 من القانون المدنى هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من الرخص التى أطلق فيها الشارع لقاضى الموضوع الخيار فى ان يأخذ منها بأحد وجهتى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه ، فلا يلزم بتسبيب قضائه بمنح المشترى نظرية الميسرة أو برفض هذا الطلب ، مما لا يقبل معه النعى على الحكم المطعون فيه اقراره للمبررات التى أوردها الحكم المستأنف وعول عليها فى قضائه بالمهلة" . (1981/6/2 – الطعن 413 لسنة 48ق) . وبأن " الفسخ إذا لم يشترط بنص فى العقد ، فإنه يكون – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – طبقا لنص المادة 157 من القانون المدنى – خاضعا لتقدير قاضى الموضوع ، يحكم به أو يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه ،

وأنه وإن كان الوفاء فى غضون هذا الأجل مانعا من جواز الحكم بالفسخ فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الحكم بالفسخ حتما ، إذ لا ينطوى منح الأجل فى ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذى بموجبه يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، وإنما تبقى سلطة قاضى الموضوع التقديرية ، فيظل العقد قائما ، ويكون الوفاء بالالتزام لا يزال ممكنا بعد انقضاء الأجل حتى صدور الحكم النهائى ويكون لقاضى الموضوع تقدير ظروف التأخير فى الوفاء فيقضى بالفسخ أو برفضه" (1981/6/2 – الطعن 403 لسنة 48 ق لم ينشر بعد – ويراجع 1972/10/26 - م نقض م – 1220 – ونقض 1965/3/25 – م نقض م – 16 – 414) .

أحكــام النقــض :

مؤدى نص المادة 300 من القانون المدنى أن الأصل فى حالة تعدد الدائنين دون تضامن أن الالتزام ينقسم عليهم بحكم القانون كل بقدر المتفق عليه أو بالقدر الذى يعنيه القانون – ولا يستطيع كل دائن أن يطالب المدين ألا بنصيبه أو يطلب الفسخ لعدم الوفاء بنصيب غيره إلا إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى عدم تجزئة الصفقة . وإذا كان الثابت من عقد البيع تعدد البائعين – الدائنين بالثمن وقد تحددت فيه المساحة التى باعها كل منهم وثمن الفدان فيما يخص المبلغ وثمن مغاير فيما يخص القاصرين – وكان يبين من الحكم المطعون فيه أن الطاعنين أقاما الدعوى بصحة ونفاذ عقد البيع المؤرخ 1970/5/20 عن القدر المبيع بأكمله ومساحته 34 فدان 18 ط 9 س وأنهما أوفيا بالثمن جميعه إلا فيما يتعلق بفرق السعر عن مساحة القاصرين – وأقام المطعون عليهم دعوى الفسخ عن جميع المساحة لعدم وفاء الطاعنين بباقى الثمن فكان يتعين على المحكمة أن تعرض لبحث دعوى الطاعنين ودعوى المطعون عليهم فى حدود المقدار الذى يخص باقى البائعين الموفى لهم بثمن أنصبتهم لأنه يدخل فى نطاق ما هو مطروح عليها بغير حاجة إلى أن يعدل الطاعنان طلبهما إلى القدر الأقل " (نقض مدنى جلسة 1981/4/16 لسنة 32 عدد أول ص1144) .

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقا لنص المادة 161 من القانون المدنى أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالا ، فإذا كان العقد يوجب على أحد العاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا أن يدفع بهذا الدفع . (نقض مدنى جلسة 1982/5/23 لسنة 33 جزء أول ص566)

.

متى كان الثابت أن المشترى دفع جزءا من ثمن المبيع عند تحرير عقد البيع واتفق على سداد الباقى عند تحرير العقد النهائى وأن البائع تمسك أمام محكمة الموضوع بأن المشترى لم يوف كامل الثمن المستحق فى ذمته . فإن الحكم يكون قد خالف القانون إذا قضى بصحة ونفاذ العقد دون أن يقيم الدليل على وفاء المشترى بكامل الثمن . (نقض مدنى جلسة 1957/4/25 لسنة 8 ص 451)

لما كان مناط اعتبار ما يودعه المشترى خزانة المحكمة من مبالغ للوفاء بباقى الثمن مبرئا لذمته ألا يتعلق صرف هذه المبالغ على شرط لا يحق له فرضه ، لما كان ذلك ، وكان الثابت بالأوراق أن الطاعنين تمسكا أمام محكمة الموضوع بأنهما قاما بالوفاء بكامل الثمن المتفق عليه بأن دفع أولهما إلى مصلحة الضرائب وهيئة التأمينات الاجتماعية مبلغ 7345 جنيها تنفيذا للحجزين الاداريين المشار إليهما - فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وشابه قصور فى التسبيب . (نقض مدنى جلسة 1988/3/22 الطعن رقم 2699 لسنة 56ق) .

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به - وأن المشرع أجاز تطبيقا لهذا الأصل فى الفقرة الثانية من المادة 457 من القانون المدنى للمشترى ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله - وقضاء هذه المحكمة قد جرى على أن تقدير جدية السبب الذى يولد الخشية فى نفس المشترى من نزع المبيع من تحت يده يعتبر من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة . (نقض مدنى جلسة 1981/4/22 لسنة 32 عدد أول ص1212) .

أحقية البائع لاقتضاء باقى الثمن المبيع وحق المشترى فى حبسه وجهان متقابلان لشئ واحد والقضاء بأحقية البائع لباقى الثمن وبالزام المشترى بأدائه يندرج فيه حتما القضاء بأن المشترى لا يحق له أن يحبسه وتكون دعوى المشترى بأحقيته فى حبسه خشية استحقاق المبيع كله أو بعضه للغير عودة لا تجوز إلى ذات النزاع الذى حاز انقضاء السابق فيه قوة الأمر المقضى وإلا انقلب دفعه بعدم تنفيذ التزامه إلى دفع بعدم تنفيذ الحكم الصادر ضده . (نقض مدنى جلسة 1974/2/11 للسنة 25 ص327) .

الثمن وإن كان يعتبر ركنا أساسيا فى عقد البيع إلا أنه ومع ما يستفاد من نص المادتين 422 ، 424 من القانون المدنى لا يشترط أن يكون معينا بالفعل فى عقد البيع بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنا على الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد . (نقض مدنى جلسة 1980/1/28 لسنة 31 ص218) .

عدم دفع المشترى الثمن لا يتعارض مع تنجيز عقد البيع موضوع الدعوى إذ التصرف بالبيع المنجز يعتبر صحيحا سواء أكان العقد فى حقيقته بيعا أو هبة مستترة فى صورة عقد بيع استوفى شكله القانونى . (نقض مدنى جلسة 1973/2/6 لسنة 24 عدد أول ص 151) .

الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع يقوم مقام التوقيع أمام الموثق على عقد البيع النهائى ويحل محله فى التسجيل – فإذا كان الوفاء بباقى الثمن معلقا على التوقيع على العقد النهائى فإن اشتراط المشترى ألا يصرف البائع باقى الثمن الذى أودعه خزانة المحكمة إلا بعد صدور حكم نهائى بصحة ونفاذ ذلك العقد هو اشتراط صحيح . (نقض مدنى جلسة 1966/11/15 لسنة 17 عدد ثالث ص1688) .

تعليق دفع باقى الثمن على توقيع البائع على عقد البيع النهائى وامتناع البائع عن التوقيع ولجوء المشترى لدعوى صحة ونفاذ العقد جواز إيداع الثمن دون عرضه على البائع لرفع الأخير دعوى فسخ لهذا البيع قبل رفع المشترى دعوى صحة التعاقد هذا الإيداع صحيح وله ما يبرره عملا بالمادة 338 مدنى . (نقض مدنى جلسة 1966/1/15 لسنة 17 عدد ثالث ص1688) .

مفاد نص المادة 2/457 من القانون المدنى أن المشرع أجاز للمشترى الحق فى حبس الثمن إذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده . فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده . وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله – فعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهدده ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الحظر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن ما دام أنه لم يشتر ساقط الخيار . (نقض مدنى جلسة 1970/4/14 لسنة 21 عدد ثان ص604) .

إذ اتخذ الحكم المطعون فيه من عجز المشترين عن اثبات أدائها الثمن قرينة على أن العقد يخفى وصية – فإنه يكون قد استند إلى قرينة فاسدة فى خصوصية هذه الدعوى لأن المطعون ضدها (البائعة) هى التى يقع على عاتقها عبء اثبات صورية ما ورد فى العقد من أنها اقتضت الثمن المسمى فيه . (نقض مدنى جلسة 1971/1/5 لسنة 22 عدد أول ص3) .

الأصل أن حجية الشئ المحكوم فيه لا تلحق إلا بمنطوق الحكم ولا تلحق بأسبابه إلا ما كان منها مرتبطا بالمنطوق ارتباطا وثيقا فيها فصل فيه الحكم بصفة صريحة أو بصفة ضمنية حتمية سواء فى المنطوق أو فى اسباب التى لا يقوم المنطوق بدونها – ومن ثم فإن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم يحوز قوة الأمر المقضى – ولما كان الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد لم يفصل فى أمر الباقى من ثمن المبيع بل تركه دون البت فيه – فإن حق البائع فى المطالبة بباقى هذا الثمن يظل قائما – وكذلك يبقى لهم حقهم فى طلب أعمال الآثار المترتبة على عدم الوفاء به والمطالبة بفسخ العقد جزاء عدم تنفيذ هذا الالتزام دون أن يؤثر فى قيام هذا الحق صيرورة حكم صحة ونفاذ العقد نهائيا لاختلاف دعوى صحة العقد عن دعوى الفسخ المذكور سببا وموضوعا . (نقض مدنى جلسة 1970/2/26 لسنة 21 عدد أول ص364) .

لئن كان الحكم المطعون فيه قد أورد فى اسبابه أن الثمن هو 410 جنيها خلافا لما جاء فى العقد إلا أنه لما كان الثابت من الحكم أن الثمن قد دفع إلى الطاعن البائع فلا يعدو هذا أن يكون خطأ ماديا انزلق إليه الحكم لا يؤثر فى سلامة قضائه مما يكون معه النعى عليه فى هذا الخصوص غير منتج . (نقض مدنى جلسة 1977/2/22 لسنة 38 عدد أول ص505) .

التزام المشترى بدفع الثمن فى عقد البيع يقابله التزام البائع بنقل الملكية إلى المشترى – فإذا وجدت أسباب جدية يخشى معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه بأن يكون غير مالك للعقار المبيع – كان من حق المشترى أن يقف التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه . ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن لم يسجل عقد مشتراه من المالكين الأصليين حتى يستطيع بدوره نقل ملكية العقار المبيع إلى المطعون ضده . بل ظل هذا العقار على ملك المالكين الأصليين مع قيام خطر التصرف فيه إلى الغير بعقد مسجل مما يهدد المطعون ضده نزعه من تحت يده – لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى فى قضائه إلى أن من حق المطعون ضده حبس باقى الثمن حتى يقوم الطاعن بتسجيل عقد شرائه من المالكين الأصليي لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه . (نقض مدنى جلسة 1974/2/25 لسنة 25 ص1278) .

إذا كان اقتضاء البائع لباقى الثمن مشروط بأن يكون قد أوفى بالتزامه بتطهير العين المبيعة من كافة ما عليها من حقوق - فإن ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من عدم الاعتداد بايداع المشترى لباقى الثمن - لتعلق الصرف على القيام بتطهير العين - قول لا يصادف صحيح القانون ذلك أنه متى كان للمشترين الحق فى حبس الباقى من الثمن - فإنهما إذا ما قاما بايداعه مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع فإن هذه الايداع يكون صحيحا ويترتب عليه آثاره القانونية فتبرأ ذمتهما من الباقى عليهما من الثمن . (نقض مدنى جلسة 1970/4/14 لسنة 21 عدد ثان ص 604) .

البطلان التعلق بالصورية

الصورية سبب للبطلان ليس لأنها تعيب الإرادة ولكن بسبب عدم مشروعية الوضع التى تقوم عليه لمخالفته للقانون أو النظام العام أو الآداب .

فمثلا إذا حظر القانون إبرام تصرف ما فلا يجوز إبرام هذا التصرف فى صورة تصرف آخر تحايلا على القانون .

وتنص المادة 2/131 من القانون المدنى على أن " غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا فى الأحوال التى نص عليها القانون"

كما نصت المادة 916 من ذات القانون أن كل عمل قانونى يصدر من الشخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية فأى تصرف يصدر من مريض الموت ولو وصفه بأنه بيع هو تصرف صورى لا ينفذ فى حق الورثة إلا فى حدود الثلث .

أحكـــام النقـــض :

يبطل العقد بسبب الصورية النسبية إذا كان الهدف من إخفاء التصرف الحقيقى هو مخالفة القانون والتحايل على أحكامه الآمرة .

من المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه وإن كان صحيحا أن القرينة التى نصت عليها المادة 917 من القانون المدنى ، لا تقوم إلا باجتماع شرطين هما احتفاظ المتصرف بحيازة العين التى ترف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، إلا أن خلو العقد من النص عليها لا يمنع قاضى الموضوع استعمال سلطته فى التحقيق من توفر هذين الشرطين للوقوف على حقيقة العقد المتنازع عليه المتصرف من تصرفه وذلك فى ضوء ظروف الدعوى وملابساتها غير متقيد فى ذلك ورد فى العقد من نصوص صريحة دالة على تنجيزه ، لان للوارث ان يثبت بطريق الإثبات كافة هذه النصوص للواقع ، متى كان قد طعن فى العقد بأنه يخفى وصية احتيالا على أحكام الإرث . (نقض جلسة 1973/1/20 المكتب الفنى السنة 24 رقم 33 ص 119)

إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأدلة سائغة إلى رفض الادعاء بالتزوير ، والى أن العقد صدر صحيحا من المورث وهو فى حالة شيخوخة ولم يكن فى حالة مرضية لا تسمح بإصدار عن رضاء صحيح واستخلص الحكم من نصوص العقد وملابساته أن نية المورث اتجهت إلى أن ينقل الملكية إلى أن بناته بعد أن يحصل إيجاز السنة الزراعية التى اصدر فيها العقد ، وان تصرفه أن لم يكون بيعا فانه يكون بيعا هبه منجزة استوفت الشكل القانونى ، وهو استخلاص سائغ يتضمن الرد على ما وجه إلى هذا العقد فى دفاع الطاعن من انه وصية مضافة إلى ما بعد الموت ، وكان لا يؤثر فى ذلك مشروطا فى العقد تأجيل التسليم إلى نهاية السنة الزراعية أو نقص الثمن المسمى بالعقد عن قيمة الحقيقة ، كما لا يؤثر فيه حديث الحكم عن هبه المورث لولده الطاعن فى تصرف سابق لا دليل على حصوله ، لأنه تزيد يستقيم بدونه قضاء الحكم ، فإنه لا يكون إذا قضى بصحة العقد باعتباره عقد بيع حقيقي أو هبة يسترها عقد بيع – قد أخطأ فى الإسناد أو شابه قصور التسبب . (نقض جلسة 1973/1/11 المكتب الفنى السنة 24 رقم 13 ص62)

مجرد بيع المورث حق الانتفاع بالعقارات موضوع الدعوى إلى ولديه القاصرين بعد إن كان قد تصرف اليهما فى حق الرقبة ، لا يمنع من اعتبار التصرف وصية وفقا للمادة 917 من القانون المدنى ، إذ لا يعدو ذلك أن بمثابة بيع الرقبة وحق الانتفاع ابتداء مع النص على تنجيز التصرف ، وهو ما لا يحل بين الطاعنات – باقى الورثة – وبين إثبات مخالفة هذا النص للواقع . (نقض جلسة 1973/1/20 المكتب الفنى السنة 24 رقم 23 ص 119)

أفادت المادة 917 من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن القرينة التى تضمنتها لا تقوم باجتماع شرطين اولهما هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها وثانيهما احتفاظه بحقه فى الانتفاع بها على أن يكون ذلك كله مدى حياته ، ولقاضى الموضوع التحقيق منذ توافر هذين الشرطين للتعرف على حقيقة العقد المتنازع عليه والتحرى عن قصد المتصرف من تصرفه ، وذلك فى ضوء ظروف الدعوى التى أحاطت به مادام قد برر قوله فى قوله ذلك بما يؤدى اى ، ولا يجوز التحدى بعدم توافر هذين الشرطين أو احدهما استنادا إلى ما جاء فى صياغة العقد بشأنه لان جدية العقد بوصفه عقد بيع هى بذاتها موضوع الطعن عليه . (نقض جلسة 1972/4/10 المكتب الفنى السنة 24 رقم 102 ص 572)

البطلان المتعلق بتسليم المبيع

البائع يلتزم بتسليم الشئ المبيع بالحالة التى كان عليها وقت المبيع ، والمفروض أنه رآه أو علم به علما كافيا كما قدمنا هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره ، كان يشترط المشترى تسليم المبيع فى حالة جيدة . (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى) .

وقد نصت المادة (431) مدنى على أن " يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع " .

والحالة التى يتعين تسليم المبيع عليها هى حالته وقت البيع :

دون زيادة أو نقصان وتتعين حالة المبيع وقت البيع طبقا للقواعد العامة (المادة 418) . ويستتبع هذا الالتزام التزام البائع بالمحافظة على المبيع بحالته المعينة وقت البيع ، فإذا كان المبيع من المثليات التى تعين بالنوع فقط التزم البائع طبقا للمادة 123 بتسليم المبيع بدرجة الجودة المتفق عليها أو التى تستخلص من العرف وملابسات التعاقد فإن لم يمكن استخلاصها التزم بتسليم شئ من صنف متوسط (السنهورى بند 294) وبديهى أن البائع يلتزم بتسليم المشترى المبيع نفسه فلا تبرأ ذمته بتسليم شئ آخر ولو كان أفضل منه كما يلتزم بتسليم كل المبيع لأن الدائن لا يجبر على قبول الوفاء الجزئى وإذا كان المبيع من المثليات وجب تسليمه دفعة واحدة وليست على أجزاء (السنهورى بند 395) غير أن قاعدة تسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت المبيع تتعلق بالنظام العام فيجوز ، الاتفاق على أن يكون تسليمه فى حالة جيدة يحددانها باتفاق خاص ويقع عبء إثبات هذا الشرط على عاتق المشترى لأنه فى هذه الحالة إنما يدعى خلاف الأصل وهو تسليم المبيع بحالته وقت البيع (السنهورى بندى 293 ، 296) .

ويقع عبء اثبات مطابقة حالة المبيع عند التسليم لحالته عند البيع على عاتق البائع بحسب الأصل بتقدير أنه المدين بالالتزام بالتسليم فعليه عبء إثبات وفائه به (البدراوى بند 252 – مرقص بند 687) غير أنه إذا تسلم المشترى المبيع وسكت عن الاعتراض عليه المدة التى تكفى لتمكنه من الاعتراض عد ذلك تسليما منه بأن المبيع قد سلم فى الحالة التى يجب تسليمها عليها . (البدراوى بند 252 – مرقص ص348 – السنهورى بند 290) .

ولكن ما هو الوضع إذا طرأ تغيير فى المبيع سواء كانت بالزيادة أو النقصان ؟

كان التغيير إلى أفضل ويرجع إلى سبب أجنبى كالتحاق الطمى بالأرض كانت الزيادة للمشترى بغير مقابل لأن له نماء المبيع وثماره من وقت البيع عملا بالمادة 2/458 . وأن كان يرجع إلى البائع كإقامته بناء على الأرض كان حكمه حكم من يبنى فى ملك غيره بسوء نية . (المادة 428) فإذا كان ما أقامه البائع يعتبر من التحسينات الكمالية فله أن ينزعها مع إعادة المبيع إلى حالته الأصلية وقت البيع إلا إذا اختار المشترى استبقاءها مقابل قيمتها مستحقة الإزالة (المادة 980) غير أنه إذا كان ما أنفقه البائع من المصروفات الضرورية لحفظ الشئ من الهلاك أو التلف فإنه لا يرجع بشئ منها على المشترى لأنه يلتزم بالمحافظة على الشئ كما أنه يقع على عاتقه تبعة الهلاك أو التلف . أما إذا كان التغيير ضارا بالشئ أو بالمبيع كان البائع مسئولا عن اختلاف حالة المبيع ما لم يثبت من جانبه أن هذا الاختلاف يرجع إلى سبب أجنبى عنه إذا تنقطع بهذا السبب علاقة السببية اللازمة لمساءلة المدين عن عدم الوفاء يستوى أن يكون هذا السبب الأجنبى قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المشترى مع تحمل الغير أو المشترى نتيجة التقصير الضار . (مرقص بند 187) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : البائع ملزم بتسليم العقار المبيع بحالته التى هو عليها وقت تحرير السند . فإذا هو أقدم ز قبل نقل الملكية للمشترى بتسجيل العقد أو الحكم الصادر بصحة التعاقد ، فأحدث زيادة فى هذا العقار (بناء) بينما المشترى يطالبه ويقايضه لتنفيذ تعهده فلا مخالفة لقانون التسجيل فى أن تعتبره المحكمة – بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل كأنه أحدث تلك الزيادة فى أرض مملوكة لغيره يفصل فى أمرها قياسا على حالة من أحدث غراسا أو بناء فى ملك غيره . (1932/12/8 – م ق م – 60 – 354) . وبأن " عقد البيع فى حيازة المشترى له أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار . ومتى أحدث المشترى بناء على الأرض المبيعة له يصبح هذا البناء عقارا ملكا له ملكية مصدرها واقعة البناء بما له على سبيل البقاء والقرار . ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء ولا مخالفة فى ذلك لقانون التسجيل " (1950/1/12 – م ق م – 31 – 710)

والقاعدة هى أن الالتزام بالتسليم قد يكون التزاما تبعيا وقد يكون التزاما مستقلا فيكون تبعيا إذا كان ناشئا عن عقد ناقل للملكية كعقد البيع أو المقايضة أو الشركة أو القرض وهو يكون مستقلا إذا كان ناشئا عن عقد غير ناقل الملكية الشئ ولكنه يلزم بتسليمه إلى الطرف الآخر كعقد الإيجار وعقد الوديعة . فإذا كان الالتزام بالتسليم تبعيا فإنه عملا بنص المادة 206 يكون متفرعا عن الالتزام بنقل الملكية إذ تقضى هذه المادة بأن الالتزام ينقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتى التسليم ويلاحظ أنه وإن كان الالتزام بنقل الملكية يتفرع عنه الالتزام بالتسليم والالتزام بالمحافظة على الشئ من تمام التسليم إلا أن الالتزام بالتسليم يعتبر التزاما بتحقيق غاية فى حين أن الالتزام بالمحافظة على الشئ حتى التسليم عملا بنص المادة 211 هو التزام ببذل عناية الشخص العادى سواء زادت أو نقصت عن عنايته الشخصية . ولاعتبار الالتزام بالتسليم فرعا عن الالتزام بنقل الملكية أهمية خاصة إذ يتحمل البائع تبعة هلاك الشئ قبل التسليم . (السنهورى بند 291) .

والملاحظ أن وقواعد تسليم المبيع تحكم بصفة عامة كل التزام بالتسليم ! سواء كان التزاما تبعيا أم كان التزاما أصليا . وقد أحالت المادة 566 صراحة فى شأن الالتزام بتسليم العين المؤجرة إلى أحكام الالتزام بتسليم المبيع . (السنهورى هامش ص558) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : حكم القانون هو أن البيع ينعقد صحيحا بالعقد غير المسجل كما ينعقد بالعقد المسجل ، ولا فرق بينهما سوى أن نقل الملكية فى العقد المسجل يتراخى إلى الوقت الذى يتم فيه التسجيل فعلا ، ومن آثار هذا الانعقاد الصحيح أن من حق المشترى أن يطالب البائع بالتسليم على اعتبار أنه التزام شخصى وأثر من آثار البيع الذى لا يحول دونه عدم حصول التسجيل . ومن شأن هذه الآثار أيضا أن يكون للمشترى ، إذا ما خشى على العين من بقائها تحت يد البائع طيلة النزاع ، أن يطلب إلى المحكمة وضعها تحت الحراسة . (1943/6/17 – م ق م – 7 – 517) .

يحق للمشترى الرجوع على البائع جزاءا على عدم تسليمه المبيع طبقا لما إتفق عليه المشترى الرجوع على البائع طبقا للقواعد العامة بطلب التنفيذ العينى أو التنفيذ بمقابل أو الفسخ بحسب الأحوال وهو يستند فى ذلك إلى أنه لا خلاف فى أن المبيع معين تعيينا كافيا وإن كان يعلم به علما كافيا ولكن البائع أخل بالتزامه بتسليم الشئ الذى انعقدت عليه إرادة الطرفين بأوصافه ، وفى ذلك تختلف هذه الحالة عن حالة الرجوع على أساس عدم العلم الكافى بالمبيع حيث يكون الجزاء قابلية العقد للإبطال عملا بالمادة 419 وتختلف عن حالة الرجوع على أساس الغلط فى نقطة جوهرية فى المبيع حيث يقوم الإدعاء على أساس أن إرادة المشترى لحقها عيب وقت التراضى على المبيع نفسه بوقوعها فى غلط فى صفة جوهرية فيه كانت الباعث على التعاقد ولذلك كان الجزاء هو قابلية العقد للإبطال ، كما تختلف عن حالة الرجوع على أساس العيب الخفى حيث الغرض أن البائع سلم المبيع نفسه وحالته التى كان عليها وقت المبيع ولكن المشترى اكتشف فيه عيبا خفيا بنقص من قيمته أو نفعه ويلاحظ أن دعوى العيب الخفى تسقط بمضى سنة فى حين أن دعوى الفسخ لعدم المطالبة لا تسقط إلا بالتقادم العادى الطويل . (البدراوى بند 253 – السنهورى هامش ص563) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : شخصية الوارث – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – تعتبر مستقلة عن شخصية المورث وتتعلق ديون المورث بتركته لا بذمة ورثته ولا يقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا إلا إذا أصبح الوارث مسئولا شخصيا عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة ، وتبعا لذلك لا يعتبر الوارث الذى خلصت له ملكية أعيان التركة أو جزء منها قبل وفاة مورثه مسئولا عن التزامات الأخير قبل من تعامل معه بشأنها ولم تنتقل إليه ملكيتها بعد ويعتبر هذا الوارث شأنه شأن الغير فى هذا الخصوص ، لما كان ذلك وكان الطاعن قد آلت إليه ملكية الأطيان البالغ مساحتها 2/8/2 بموجب عقد بيع صدر الحكم بصحته ونفاذه وسجل الحكم وباع مورثه هذه الأطيان للمطعون عليهم من الأول إلى الثانية عشر وفقا لما سلف بيانه فإن الطاعن لا يكون ملزما بتسليمهم الأطيان المذكورة كأثر من آثار عقد البيع الصادر لهم . (1980/12/23 – الطعن 772 لسنة 49ق) .

أن كل شئ أعد بصفة دائمة لاستعمال المبيع بعد ملحقا به ، ويهتدى فى ذلك بالارتفاق وبالعرف وبطبيعة الأشياء .. فبيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به ـ ولا يشمل منقولا يمكن فصله دون تلف ، ويترتب على ذلك أن الأفران المثبتة فى المطابخ والمغاسل (البنوار) المثبتة فى الحمامات تلحق به المرايا غير المثبتة ولا الثريات المعلقة ، وبيع الأراضى الزراعية لا يشمل ما نضح من محصول ، ولكن يشمل ما لم ينضح منه ، وبيع البستان (الحديقة) يشمل الأشجار المغروسة وثمارها غير الناضجة . ولكن لا يشمل الثمار الناضجة ولا الشجيرات المزروعة فى أوعية أو التى أعدت للنقل ، الشطا أو المشتل ، وبيع الحيوان يشمل الصوف والشعر ولو كان مهيأ للجز ، وكذلك يشمل الصغار التى يرضعها ، أما إذا شبت عن الرضاع فلا تلحق المبيع .. كما يجوز أن يقضى عرف الجهة بأحكام أخرى . (مذكرة المشروع التمهيدى) .

وقد نصت ذلك المادة (432) مدنى على أنه " يشمل التسليم ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين " .

وقد قضت محكمة النقض بأن : أن المبيع ينتقل إلى المشترى بالحالة التى حددها الطرفان فى عقد البيع وإذ كان – الثابت أن البائعتين للطاعنة قد صرحنا فى عقد البيع بنفى وجود أى حق ارتفاق للعقار المبيع فإن القول بانتقال هذا الحق إلى المشترى رغم وجود النص المانع يكون على غير أساس . (1970/1/15 – م نقض م – 21 – 112) . وبأن " تحديد ملحقات العين المؤجرة متروك لتقدير محكمة الموضوع باعتباره مسألة تتعلق بتفسير العقد وبمالها من سلطة فى تفسيره توصلا إلى مقصود العاقدين على أن تبين فى اسباب حكمها كيف استخلصت المعنى الذى اقتنعت به ورجحت أنه مقصود العاقدين بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد التزمت فى تفسيرها بما تحمله عبارات العقد وما يجرى به العرف ويرشد القصد من التعاقد وطبيعته محله " (1980/2/20 – الطعن رقم 972 سنة 45ق) .

وقد نصت المادة (433) مدنى على أن " إذا عين فى العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولا عن نقص هذا المقدار بحسب ما يقضى به العرف ما لم يتفق على غير ذلك ، على أنه لا يجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد . أما إذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد وكان الثمن مقدرا بحساب الوحدة ، وجب على المشترى ، إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض ، أن يكمل الثمن إلا إذا كانت الزيادة جسيمة ، فيجوز له أن يطلب فسخ العقد وكل هذا ما لم يوجد اتفقا يخالفه .

والبائع يضمن للمشترى القدر الذى عينه ، للمبيع حسب ما يقضى به العرف ، وقد يقضى بالمجاوزة عن قدر مسموح به زيادة أو نقصا ، ونص الضمان أن المبيع إذا نقص عن القدر المعين كان للمشترى أن يفسخ (إذا كان جسيما بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشترى) ... أو أن ينقص الثمن بقدر ما أصابه من الضرر (وليس من الضرورى أن يكون انقاص الثمن بنسبة ما نقص عن المبيع فقد يكون الضرر أكثر أو أقل من ذلك) ولا فرق فى حالة نقص المبيع بين ما إذا كان المبيع يضره التبعيض أو لا يضره ، وبين ما إذا كان الثمن محددا بسعر الوحدة أو مقدار جملة واحدة . أما إذ زاد عن المبيع وكان الثمن مقدرا جملة واحدة فالغالب أن المتعاقدين قصد أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد عن القدر المعين .. ولذلك يبقى البيع ولا يطالب المشترى بزيادة فى الثمن إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك فإذا عين الثمن بسعر الوحدة .. يكفل المشترى الثمن .. بزيادة المبيع ، فإن كانت جسيمة جاز له أن يطلب فسخ العقد .

وغنى عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست إلا تطبيقا للقواعد العامة وتفسيرا لنية المتعاقدين ، ولا تعتبر من النظام العام ، فهى تطبق ما لم يوجد اتفاق او عرف . (مذكرة المشروع التمهيدى) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : متى كان الواقع فى الدعوى هو أن عقد البيع الابتدائى قد ورد على حصة مفرزة محددة مقدارها 36 فدانا وفقا لوضع يد البائع مع تحديد سعر الوحدة للفدان بمبلغ معين فلما قامت اجراءات الشهر العقارى حائلا دون تسجيل العقد على هذا الوجه حور الطرفان اتفاقهما فى العقد النهائى دون المساس بجوهره بأن جملا البيع منصبا على الحصة الشائعة بحسب النصيب الشرعى ومقدارها 30 فدانا والتى لا تجادل المساحة فى جواز ورود العقد عليها كما جعلاه منصبا أيضا على القدر المفرز الوارد فى العقد الابتدائى وحرصا على النص على سعر الوحدة للفدان الواحد بمبلغ معين فى كلتا الحالتين ، وكان المفهوم من هذا التحرير اللاحق فى العقد النهائى أن البيع شمل محلين الأول بيع النصيب الشائع والآخر بيع هذا النصيب حسب وضع اليد وأن العلاقة بينهما تسوى على أساس المحل الذى يصح به العقد ، وكانت مصلحة الشهر العقارى قد نقلت أولا ملكية القدر الشائع دون المحدد وجرت المحاسبة فى العقد على ثمن هذا القدر وحده ،

ثم تبين بعد ذلك أن المحل الآخر قد استقام أمره وهو الـ 36 فدانا المحددة ببيع المشترى له دون اعتراض من الشهر العقارى فإنه يكون للبائع الحق فى الرجوع على المشترين بثمن الفرق على أساس الوحدة المتفق عليه ويكون الحكم المطعون فيه إذ اعتبر البيع جزافا بالثمن المحدد للحصة الشائعة قد خالف فى تفسيره الثابت بالأوراق . (1955/5/22 – م ق م – 25 – 248) .

حـــــالات عجز وزيادة المبيع :

أولا : حالة العجز فى المبيع

يتعين الرجوع إلى اتفاق الطرفين ، فإن لم يوجد وجب العمل بالعرف الجارى بالمعاملات فإن كل قد جرى على التسامح فى مثل العجز الذى اكتشفه المشترى فى مثل المبيع برئت ذمة البائع من التزامه بالتسليم وكان المشترى ملتزما بكامل الثمن ولم يكن له الرجوع على البائع بشئ . أما إذا كان العجز محسوسا لا يتسامح فيه فإن المشترى يكون له الخيار بين أمرين أولهما طلب انقاص الثمن يقدر ما يعوضه عن الضرر الذى أصابه بسبب إخلال البائع بالتزامه بضمان القدر المبيع (وهو التزام مفترض ما دام العقد قدد تضمن تعيين مقدار المبيع) وفى هذه الحالة يلتزم المشترى بإثبات الضرر ويقدر هذا الضرر بغض النظر عن قيمة العجز ، ولكن إذا تضمن العقد تقدير التعويض بقدر قيمة العجز اعتبر ذلك تقديرا من الطرفين للتعويض الاتفاقى فيسرى عليه أحكام الشرط الجزائى التى تعفى المشترى من إثبات الضرر وقيمته وتلقى على عاتق البائع نفى وقوع الضرر وثانيهما طلب فسخ العقد ويشترط لإجابة هذا الطلب أن يثبت أن العجز بلغ حدا من الجسامة بحيث لو كان المشترى بعلمه عن الاتفاق لما رضى بإبرام العقد فلا يكفى مطلق العجز ولو كان محسوسا ، ولكن لا يلزم – كما كان الحال فى ظل التقنين الملغى – أن يبلغ العجز جزءا من عشرين جزءا من المبيع . ويقتصر خيار المشترى على الأمرين السالفين فلا يكون له طلب تكملة القدر المذكور فى العقد لأن البائع لا يلزم إلا بتسليم المبيع المعين بالذات فى العقد والغرض فى أحكام العجز أن البائع قد سلم كامل المبيع بذاته فى العقد ولكن اتضح أن مقداره ينقص عن المقدار الذى ضمن البائع توافره ومن هنا فإنه لا مجال لأعمال أحكام عجز المبيع فى حالة امتناع البائع عن تسليم جزءا من المبيع

كما لا مجال لأعمال أحكامها فى حالة منازعة الغير للمشترى فى جزء من المبيع إذ فى الحالين يكون المبيع بمقداره المبين فى العقود ولكن البائع أو الغير ينازع المشترى فى جزء منه فتطبق أحكام الضمان أما أحكام دعوى العجز فهى متفرعة عن الالتزام بالتسليم حيث لا نزاع فى أن المشترى قرر تسليم المبيع كله ولكن اتضح أن هذا المبيع أقل مقدار عما ورد فى العقد . (الهلالى وزكى بند 325 – مرسى ص249 – السنهورى بند 298 – مرقص بند 190 – والبدراوى بند 255 – ومنصور ص133 – وغانم ص153) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كان العقار المبيع أرضا عليها بناء ثم هلك البناء لأى سبب – فإن البيع لا ينفسخ ، ولكن يكون للمشترى الخيار بين طلب الفسخ وبين استيفاء المبيع ولا فرق فى ذلك بين حالتى البيع الناقل للملكية والبيع الذى لا يترتب عليه بمقتضى قانون التسجيل الجديد إلا التزامات شخصية . (1932/12/8 – م ق م – 224 – 283) . وبأنه " مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة 433 من القانون المدنى أن البائع يضمن للمشترى القدر الذى تعين للمبيع بالعقد وذلك دون تمييز بين ما إذا كان الثمن قد قدر بسعر الوحدة أو تعين به جملة واحدة بل جعل المشرع للمشترى الحق فى هذا الضمان إذا وجد عجزا فى المبيع بطلب انقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الأحوال طالما أن مقدار المبيع قد تعين فى العقد " . (1970/11/3 – م نقض م – 21 – 1105) .

ثانيا : حالة زيادة المبيع

يتعين العمل باتفاق الطرفين ، فإن لم يوجد وجب العمل بالعرف فإن لم يوجد وجب التفرقة بين فرضين أولهما أن يكون الثمن مقدرا بحساب الوحدة وهو يكون كذلك متى تضمن سعر الوحدة ولو ذكر فى العقد إلى جانبها مجموع الثمن إذ لا يعدو احتساب هذا المجموع أن يكون عملية حسابية . (الهلالى وزكى بند 323 – السنهورى هامش ص573 – البدراوى هامش ص398 – منصور هامش ص134) . وفى هذا الغرض يفوق بين حالة ما إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض وهو ما يتلف بقسمته أو يترتب على تبعيضه ضرر البائع أو بالمشترى لإخلاله بالغرض المقصود من البيع وبين حالة ما إذا كان قابلا للتبعيض إذ فى الحالة الأولى يجب على المشترى تكملة الثمن بدفع قيمة الزيادة السعر الوحدة المتفق عليه ولا يجوز له طلب الفسخ إلا إذا كانت الزيادة جسيمة وهى تكون كذلك إذا كانت بحيث يعجز عن دفعها (البدراوى بند 256)

وإذا كانت علة قدر لو علمه وقت الشراء لما أتم العقد (غانم ص154 – منصور ص 574) ولكن لا يلزم – كما كان الحال فى ظل التقنين الملغى – أن تبلغ جزءا من عشرين جزءا من المبيع . وفى الغرض الثانى حيث يكون الثمن مقدرا جملة واحدة فإن الزيادة تكون للمشترى دون أن يلتزم بزيادة فى الثمن . (الهلالى وزكى – مرسى – السنهورى – مرقص – البدراوى – منصور)

وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا وجدت زيادة بالمبيع المعين بالذات أو المبين المقدار فى عقد المبيع ولم يكن هناك اتفاق خاص بين الطرفين بخصوصها أو عرف معين بشأنها فإن العبرة فى معرفة أحقية المشترى فى أخذ هذه الزيادة بلا مقابل أو عدم أحقيته فى ذلك على مقتضى حكم المادة (433) من القانون المدنى هى بما إذا كان ثمن المبيع قدر جملة واحدة أم أنه قد حدد بحساب سعر الوحدة . أما التمييز بين المبيع الجزافى والبيع بالتقدير فأمر يتعلق بتحديد الوقت الذى تنتقل فيه ملكية المبيع للمشترى فى كل منهما وتعيين ما إذا كان البائع أو المشترى هو الذى يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم . وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بأحقية المشترى فى أخذ الزيادة التى ظهرت بالمبيع بلا مقابل عملا بالمادة 433 مدنى على مجرد اعتباره البيع جزافا مع أنه ليس من مؤدى ذلك حتما أعمال حكم هذه المادة ومناطه أن يتفق على ثمن المبيع جملة لا بحساب سعر الوحدة ، فإن الحكم يكون قاصر البيان . (1963/3/28 – م نقض م – 14 – 418) .

الحالة الذى يسأل فيها البائع وحده عن العجز دون مسألة شريكه عن هذا العجز:

إذا كانت حالة الشيوع بين الشريكين قد زالت بقسمة الأرض بينهما وأصبح كل منهما وأصبح كل منهما وقت أن تصرف فى حصته مالكا لها ملكا مفرزا محددا ، فإن أيهما لا يضمن فى هذه الحالة إلا المساحة التى يبيعها على التحديد فى عقد البيع . وذلك لأن تحمل كل منهما نصيبا من العجز لا يكون إلا مع بقاء حالة الشيوع بينهما . أما بعد القسمة فإن كلا منهما يتحمل العجز الذى وقع فى الحصة التى اختص بها . (1939/11/30 – م ق م – 4 – 883) .

صورة من صور عدم تطبيق أحكام العجز أو الزيادة فى المبيع :

أن تطبيق المادة 433 من القانون المدنى بشأن مسئولية المشترى عن تكملة الثمن إذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد والمادة 434 منه بشأن تقادم حق البائع فى طلب تكملة الثمن بالقضاء سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا ، إنما يكون وفقا لما صرحت به المادة 433 فى صدرها فى حالة ما إذا كان مقدار المبيع قد عين فى العقد . أما إذا لم يتعين مقداره أو كان مبينا به على وجه التقريب فإن دعوى البائع لا تتقادم بسنة بل تتقادم بخمس عشرة سنة ، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه استبعد تطبيق التقادم الحولى على دعوى الشركة - البائعة - بمطالبة الطاعنين - ورثة المشترى - بثمن الأرض الزائدة بعد أن خلص إلى مقدار المبيع لم يعين فى العقد واستدل الحكم على ذلك بالعبارة التى وردت فى إقرار المورث من أن الأرض التى اشتراها من الشركة وقدرها 15 ف (تحت المساحة) وبما جاء فى البند الأول من عقد البيع من أن الحد الغربى للأرض المبيعة هو يأتى ملك الشركة فإن هذا الذى أورد الحكم يتفق مع صحيح القانون ويقوم على أسباب سائغة تكفى لحمله . (1975/12/30 - م نقض م - 26 - 1727) .

وقد نصت المادة (434) مدنى على أن " إذا وجد فى المبيع عجز أو زيادة فإن حق المشترى فى طلب انقاص الثمن أو فى فسخ العقد وحق البائع فى طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا" .

ويسرى التقادم المنصوص عليه فى المادة على الدعاوى الثلاث الناشئة عن عجز أو زيادة المبيع وهى دعوى المشترى بانقاص الثمن بسبب العجز ، ودعوى المشترى بفسخ البيع بسبب العجز والزيادة ودعوى البائع بتكملة الثمن بسبب زيادة المبيع ، وذلك ولو كان البيع بالمزاد الجبرى ولكن لا يسرى على غير هذه الدعاوى كطلب المشترى الزام البائع بتسليمه جزءا من المبيع يدعى امتناعه عن تسليمه كما لو طلب تسليمه قطعة أرض أدى أن البيع يتناولها ، أو طلب البائع استبعاد قطعة أرض يدعى أن البيع لا يتناولها ، أو دعوى الضمان التى للمشترى بسبب التعرض أو الاستحقاق ، أو الدعوى التى يرفعها البائع بالطالبة بباقى الثمن فى الحالة التى يكون فيها الثمن قد قدر مؤقتا على أن بقدر تقديرا نهائيا بعد تقرير المبيع ،

إذ أن هذه الدعاوى كلها ليست من دعاوى العجز أو الزيادة فى المبيع فلا تتقادم إلا بمضى المدة الطويلة . (السنهورى هامش ص575 والأحكام العديدة المشار إليها فيه) ولا يجوز الاتفاق على انقاص أو زيادة المدة . (السنهورى هامش ص575 وما بعدها – مرقص ص355) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : متى كان المدعى قد طالب أمام محكمة أول درجة مقابل الزيادة فى الأطيان التى باعها إلى المدعى عليهم فقضى الحكم الابتدائى بقبول الدفع بالتقادم وبسقوط حق المدعى فى دعوى تكملة الثمن لمضى أكثر من سنة على تاريخ التسليم الفعلى طبقا لما تقضى به المادة 434 من القانون المدنى ، وكان البائع قد استأنف هذا الحكم مستندا إلى أنه لا محل لتطبيق هذه المادة لأن القدر الذى يطالب بقيمته قد اغتصبه المشترى ويخرج عن الحدود الواردة فى عقد البيع ولأن المشترى قد وافق فى ورقة المحاسبة المحررة بينهما على دفع قيمته وكان الثابت أن الزيادة فى القدر المبيع التى طالب البائع بقيمتها أمام محكمة أول درجة هى ذات الزيادة التى ادعى أمام محكمة ثان درجة أنها تخرج عن الحدود الواردة فى عقد البيع ، وكانت المادة 3/411 من قانون المرافعات قد أجازت للخصوم فى الاستئناف – مع بقاء موضوع الطلب الأصلى على حاله – تغيير سببه والإضافة إليه ، فإن طلب البائع أمام محكمة الاستئناف بمقابل الزيادة الخارجة عن حدود عقد البيع لا يعد تغييرا لموضوع الطلب الأصلى الذى رفعت به الدعوى أمام محكمة أول درجة طالما أن القدر الزائد المطالب بقيمته لم يتغير وأن تغير سبب المطالبة إلى الغضب . وإذ خالف حكم محكمة الاستئناف هذا النظر وقضى بعدم قبول الطلب الذى أبداه البائع أمامها تأسيسا على أنه طلب جديد فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون "(1967/1/17 -م نقض م – 17 – 116) . وبأنه " حكم المادة 296 من القانون المدنى الملغى التى تقابلها المادة 434 من القانون القائم لا ينطبق إلا حيث يوجد عجزا أو زيادة فى المبيع بمعنى أن يكون البيع قد تناوله . أما ما يضع المشترى يده عليه من أطيان البائع مما لا يدخل فى عقد البيع فإنه يعد مغتصبا له ولا تتقادم دعوى المطالبة به بالتقادم المنصوص عليه فى المادة 296 المشار إليها " (1967/5/18 – م نقض م – 18 – 1030) . وبأن " تطبيق نص المادة 434 من القانون المدنى فى حالة الإدعاء بوجود عجز فى المبيع محله أن يكون البيع قد انعقد على عين معينة مفرزة ذات مقاس أو قدر معين ولم يقم البائع بالتسليم على النحو الذى التزم به أن سلم المبيع أقل قدرا مما هو متفق عليه " . (1966/2/1 – م نقض م – 17 – 205) .

طريقـــة التسليـــم

تنص المادة (435) مدنى على أن :

يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستولى عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع .

ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية .

ويتضح لنا من هذا النص بأن التسليم إما أن يكون تسليما قانونيا أو حكميا أو فعليا أو رمزيا .

المقصـــود بالتسليم :

التسليم وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاءً ماديا مادام قد أعلمه بذلك ، فافصح بذلك لا يلزم لتمام التسليم قانونا أن يجوز المشترى المبيع حيازة مادية بالفعل وإنما يكفى أن يتمكن من ذلك ومن جهة أخرى فإن المشرع كما جعل تسليم المبيع التزاما على عاتق البائع جعل استلامه التزاما على عاتق المشترى (مادة 463) .

عناصـــر التسليم :

وضع الشئ تحت تصرف المشترى وضعا يتمكن معه من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يعزه بالفعل .

علم المشترى بهذا الوضع . وغنى عن البيان أنه إذا كان التسليم التزاما فى ذمة البائع فإن التسلم وهو حيازة المشترى بالفعل للمبيع التزام فى ذمة بقى التسليم المعنوى ، وليس فى هذا ألا تطبيق للقاعدة العامة الواردة فى الحيازة وهى تقضى بجواز لمن يتم نقل الحيازة دون تسلم مادى إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه .

التسليــم القانونى :

يتم التسليم القانونى بتوافر عنصرين أولهما وضع البائع للمبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن الأخير من حيازته والانتفاع بد دون عائق سواء كان هذا العائق من جانب البائع كأن يستمر فى زراعة الأرض المبيعة أو شغل المنزل المبيع أو من جانب الغير كأن يكون المبيع فى يد الغير بحق أو بغير حق . مع ملاحظة أن وجود مستأجر فى العين لا يعتبر عائقا متى كان عقد الإيجار نافذا فى حق المشترى وكان البائع قد أعلمه به فإن أخطر البائع المستأجر بنقل حقوقه قبله إلى المشترى ثم بذلك التسليم إذ يصبح المستأجر حائزا لحساب المشترى . (غانم ص149) ، أما لم يكن عقد الإيجار نافذا فى حق المشترى أو كان نافذا فى حقه ولكن البائع لم يكن قد أعلمه به فإن ذمة البائع لا تبرأ من الالتزام بالتسليم . ويلاحظ فى هذا العدد أن خلو عقد البيع من الإشارة إلى وجود عقد الإيجار أو تضمنه النص على أن العين غير مؤجرة لا يعنى عدم نفاذ الإجارة فى حق المشترى إذ أن نقل ملكية للعين المؤجرة لا يترتب عليه انتهاء الإجارة كما أن نفاذ الإجارة فى حق المشترى لا يتوقف على إرادة البائع أو المشترى . (راجع التعليق على المادة 604) ، وثانيهما إعلام البائع للمشترى بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه ، فلا يكفى كما لا يلزم بثبوت العلم اليقينى للمشترى بوضع المبيع تحت تصرفه ، وإنما يكفى كما لا يلزم بثبوت العلم اليقينى للمشترى بوضع المبيع تحت تصرفه وكما يلزم ويكفى أن يخطره البائع بذلك . وقد كان مشروع المادة بنص .. مادام يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه فعدل فى لجنة مجلس الشيوخ إلى الصياغة الحالية ضبطا للحكم (مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الرابع ص70) . ولا يشترط شكل خاص فى هذا الاخطار فقد يتم بإنذار رسمى على يد محضر وقد يكون بكتاب مسجل بعلم الوصول . أو بكتاب مسجل أو بكتاب عادى وقد يكون شفويا ولكن يقع على عاتق البائع عبء اثبات أنه وضع المبيع تحت يد تصرف المشترى وأنه أخطره بذلك. (السنهورى بند 306 – غانم ص149 – مرقص بند 184 – ص 136) . ولا يتحتم أن يكون التسليم لشخص المشترى فقد يسلم المبيع لوكيله فى الاستلام ولذلك قضى بأن تسليم المبيع لمدير متجر المشترى يعتبر تسليما تبرأ به ذمة البائع . (الهلالى وزكى بند 288) . كما قد يتم إلى شخص آخر تعاقد معه المشترى بعقد يستلزم قبضه المبيع كان يؤجره المشترى التسليم المبيع أو يرهنه أو يعيره أو يودعه أو يبيعه إلى آخر قبل استلام له فيقوم بقبض هذا التعاقد للمبيع من البائع مقام قبض المشترى . (السنهورى بند 308) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : وضع يد المشترى على العين المبيعة وأن كان يصبح اعتباره قرينة على إنجاز التصرف فإنه ليس شرطا لازما فيه ، إذ قد يكون التصرف منجزا مع استمرار حيازة البائع للعين المبيعة لسبب من الأسباب التى لا تنافى انجاز التصرف فإذا كان الحكم القاضى باعتبار البيع ساترا لوصية قد أقيم بصفة أساسية على أن وضع يد المشترى على العين المبيعة شرط ضرورى فى اعتبار التصرف منجزا فإنه يكون مخالفا للقانون ويتعين نقضه . (1949/5/19 – م ق م – 31 – 349) . وبأنه " إذا كان الثابت أن زيدا أباح لعمرو فى عقد البيع الصادر منه إليه حق تحويله إلى الغير بدون موافقته ، وأن بكرا اعتمد فى طلب تسليمه للعين موضوع الدعوى على أنه اشتراها من عمرو على أن زيدا تعهد فى العقد الصادر منه إلى عمرو بتسليمه العين ثم لم يف بهذا التعهد ، وقضت المحكمة بتسليم العين إلى بكر ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون . ذلك بأن عقد البيع ينقل إلى المشترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به ومنها حق البائع له فى تسلم المبيع من البائع السابق وهذا الأثر يترتب على عقد البيع حتى ولو لم يكن مسجلا باعتباره من الحقوق الشخصية التى تتولد عنه" . (1951/12/27 – م ق م – 62 – 354) .

وفى التسليم القانونى : تختلف طريقة وضع المبيع تحت تصرف المشترى تبعا لطبيعة المبيع فإذا كان عقارا وجب ابتداء إخلاؤه والتخلى عن حيازته وعدم مباشرة أى عمل عليه ، وقد يكفى ذلك مظهرا ماديا للتسليم الذى يمكن المشترى من حيازة المبيع والانتفاع به ، وقد يلزم مع ذلك تسليم المشترى مفاتيح الدار أو مستندات الملكية التى تمكن المشترى من التصرف فى المبيع وأن كان لا يلزم أن تكون قاطعة فى ملكية البائع وإنا يكفى أن تكون المستندات التى تحت يد البائع فإن تعرض آخر للمشترى أو استحق منه المبيع كان رجوع المشترى على البائع بدعوى الضمان وليس على أساس اخلاله بالتسليم أو تسليمه عقود الإيجار حتى يتمكن من التعامل مع المستأجرين أو عقود التأمين . وإذا كان الميع منقولا ماديا فإن تسليمه قد يتم بالمناولة إلى المشترى أو من ينوب عنه حيث يرفع المنقول من محل البائع وينقل إلى مكان آخر لحساب المشترى ، فإذا اقتضى الأمر نقل المبيع فإن اتفاق الطرفين هو الذى يحدد ما إذا كان التسليم يتم بمجرد تسليم المنقول إلى متعهد بالنقل أم يوصلها إلى المشترى وإلا أعمل حكم المادة 436 وقد يتم تسليم المنقول بالتخلية كما إذا كان المبيع محصولات لا تزال قائمة فى الأرض أو ثمارا على الأشجار فيخلى البائع ما بينها وبين المشترى ليستولى عليها

وقد يحصل ذلك بافراز المنقول بالمعين بنوعه فى حضور المشترى كما قد يتم تسليم المنقول بتسليم مفتاح المكان الكائن به أو بتحويل سندات الشحن أو الإيداع أو التخزين للمشترى و تسليمه إليه إذا كان لحامله ويعرف التسليم فى هذه الحالة بالتسليم الرمزى الذى قد يتم كذلك عن طريق وضع المشترى اسمه أو علامته على المنقول فإن كان المبيع حقا مجردا كحق المرور كان تسليمه بتسليم سنده أو الترخيص للمشترى باستعماله فإن كان المبيع حقا شخصيا تم التصرف فيه عن طريق الحوالة كان تسليمه بتسليم سند الحق الذى يمكن المحال له من استعمال الحق المحال به فى مواجهته المدين المحال عليه . (يراجع فى هذه الأمثلة السنهورى بند 307 البدراوى بند 267 – الهلالى - وزكى بند 390 وما بعده – مرسى بند 141 وما بعده) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : وضع المبيع تحت تصرف المشترى الأمر الذى يتحقق به التسليم طبقا لنص المادة 435 من القانون المدنى يشترط فيه أن يكون بحيث يتمكن المشترى من حيازة المبيع والانتفاع به (1959/6/25 – م نقض م – 10 – 499) . وبأنه " تنص المادة 435 من القانون المدنى على أن التسليم يكون بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ومن ثم فلا محل لما تحدثت به الطاعنتان من أن التسليم يكون فى موطن المدين طالما أنهما تعرضا للوفاء بالتزاماتهما بتسليم سند الملكية عرضا قانونيا صحيحا . (1978/4/6 فى الطعن رقم 1033 لسنة 45ق) . وبأن " متى كانت محكمة الموضوع إذ عرضت فى أسباب الحكم لبحث مدى قيام كل من الطرفين بالتزامات عقد البيع بدأت بحث التزام البائع بالتسليم وانتهت إلى أنه عرض على المشترى المبيع عرضا حقيقيا ونفت عنه شبهة التقصير فى الوفاء بهذا الالتزام ثم عرضت لالتزام المشترى بدفع الثمن فسجلت عليه تخلفه عن الوفاء بهذا الالتزام المقابل على الرغم من عرض المبيع عرضا حقيقيا فإنه يكون غير منتج النعى على الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين فى وقت واحد ويكون غير صحيح القول بأن محكمة الموضوع رتبت على تقصير المشترى فى الوفاء بالتزامه إعفاء البائع من الوفاء بالتزامه المقابل " . (1958/3/13 – م نقض م – 9 – 204) . وبأن " متى كان الحكم المطعون فيد قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع على أساس لأن البائع لم يوف التزاماته المترتبة على العقد – حتى وقت الحكم النهائى فى الدعوى .

وكان مجرد عرض البائع استعداده لتسليم العين المبيعة على أن يوقع المشترى على عقد البيع النهائى لا يعد عرضا حقيقيا يقوم مقام الوفاء بالالتزام لأن البائع لم يتبع استعداده للتسليم بطلب تعيين حارس لحفظ العين المبيعة طبقا لما توجبه المادتان 339 من القانون المدنى و 792 من قانون المرافعات فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون " . (1962/11/8 – م نقض م – 13 – 992) . وبأنه " وضع المبيع تحت تصرف المشترى الأمر الذى يتحقق به التسليم طبقا لنص المادة 435 من القانون المدنى – يشترط فيه أن يكون بحيث يتمكن المشترى من حيازة المبيع والانتفاع به " (1959/6/25 – م نقض م – 10 – 499)

التمييز بين التسليم الحكمى والتسليم القانونى :

التسليم الحكمى يتم بمجرد تراضى الطرفين : ويتميز عن التسليم القانونى بأن اتفاق أو تصرف قانونى سواء كان المبيع فى يد المشترى من قبل البيع كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن فيتفق البائع والمشترى على إبقاء المبيع فى حيازته كمالك له عن طريق الشراء فتتغير نيته فى الحيازة أو أن يكون المبيع تحت يد البائع قبل البيع ويتفق الطرفان على أن يبقى تحت يده بعد البيع كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أى أن العقد فى هذه الحالة يتضمن مع البيع عقد إجارة أو عارية أو وديعة أو رهن حيازة فيبقى المبيع فى حيازة البائع مع تغيير نيته وتعتبر الصورتان السالفتان تطبيقا لمبدأ انتقال الحيازة انتقالا حكميا المنصوص عليه فى المادة 953 .

وقد قضت محكمة النقض بأن : مؤدى نص المادة 435 من القانون المدنى أن تسلم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل ، مع إعلام المشترى أن المبيع وضع تحت تصرفه ، ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى ، بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصراه ولو لم يستول المشترى على المبيع وضع تحت تصرفه ، ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى ، بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصراه ولو لم يستول المشترى على المبيع استيلاء ماديا ، فيكفى لتمام التسليم مجرد تغيير النية سواء باتفاق أو بتصرف قانونى مجرد كان يظل البائع حائزا المبيع باعتباره مستأجرا ، ويعتبر التسليم فى هذه الحالة حكميا أو معنويا . (1978/4/12 – الطعن 442 سنة 44ق) .

وبأن " إذا كان الحكم قد خلص فى قضائه إلى اعتبار أن عقد الإيجار الذى تستند إليه الطاعنة صار لا وجود له بشراء المستأجر للعين المؤجرة إليه ، وبالتالى تكون دعوى الإخلاء على غير أساس ، فإن هذه الذى قرره الحكم لا خطأ فيه ، ذلك أنه بعد أن أقامت المحكمة قضاءها على انتهاء عقد الإيجار يكون فى غير محله اعتمادها على هذا العقد بحجة أن للمؤجر حتى لو كان غير مالك الحق فى طلب إخلاء المستأجر إذا تأخر فى دفع الأجرة المستحقة " (1952/11/20 – م ق م – 72 – 109) .

التسليــم الحكمــى :

يقوم مقام التسليم الفعلى أو القانونى على النحو المتقدم التسليم الحكمى أو كما تسميه المذكرة الايضاحية للقانون المدنى التسليم المعنوى ، ويتم كما تقول الفقرة الثانية من المادة 435 مدنى (بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية) .

ويتميز التسليم الحكمى عن التسليم الفعلى بأنه اتفاق أو تصرف قانونى وليس عملاً مادياً . وللتسليم الحكمى كما جاء بالمادة 435 مدنى صورتان :

- الصورة الأولى :

أن يكون المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع عن طريق الإيجار أو الوديعة أو رهن حيازى مثلاً ثم يقع البيع فيكون المشترى حائزاً فعلاً للمبيع وقت البيع ولا يحتاج إلى استيلاء مادى عليه ليتم التسليم إنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع فى حيازته ولكن ليس كمستأجر أو مستعير أو مرتهن رهن حيازة بل كمالك له عن طريق الشراء فتتغير نية المشترى فى حيازة المبيع وإن بقيت الحيازة المادية كما هى .

- الصورة الثانية :

أن يبقى المبيع فى حيازة البائع بعد البيع ولكن لا كمالك فقد خرج المبيع عن ملكه بعقد البيع بل كمستأجر أو مستعير أو مودع لديه أو مرتهن رهن حيازة وما إلى ذلك مما يترتب على اتفاق الطرفين ، فبدلاً من أن يسلم البائع المبيع إلى المشترى بموجب عقد البيع ثم يعود المشترى فيسلمه إليه بموجب عقد إيجار مثلاً يبقى المبيع فى يد البائع بعد أن يتفق الطرفان على ذلك .

التسليم الشائع والتسليم المفرز :

وهناك صورة ثالثة لتسليم العقار المبيع كثيرا ما تثور فى العمل - وهى حالة قيام شخص بشراء جزء شائع فى عقار مملوك على الشيوع ثم يطلب الحكم بتسليمه هذه الحصة - اذ غالبا ما يقرن المشترى دعواه بصحة ونفاذ البيع بطلب التسليم ، فإذا ما ذكر فى طلب التسليم أنه بطلب التسليم الشائع فإن الأمر يكون واضحا ولا يثير ثمة تساؤلا اذ هو قد اشترى حصة شائعا ويطلب تسليمه هذه الحصة شائعة فما على المحكمة إلا أن تجيبه إلى ذلك ، إلا أنه أحيانا بل غالبا ما يطلب المشترى التسليم دون أن يقرن ذلك بوصف التسليم بأنه شائع بل يطلب التسليم فقط دون وصف . وفى هذه الحالة قد يدق الأمر ويثور التساؤل عما إذا كان المشترى يطلب التسليم المفرز أم التسليم الشائع والملاحظ أن بعض المحاكم تفسر طلب التسليم الذى لا يصفه المشترى بأنه شائع تقصره على أنه تسليم مفرز ، وتنتهى إلى رفضه على سند من أنه ليس للمشترى لحصة شائعة أن يطلب التسليم المفرز لما يترتب على ذلك من افراز للمبيع بغير الطريق الذى رسمه القانون حسبما استقرت على ذلك محكمة النقض ، والحقيقة أن تفسير طلب التسليم فى هذه الحالة بأنه تسليم مفرز رغم أن المدعى لم يحدد ذلك فى دعواه ، هو فهم خاطئ لطلبات الخصوم وتفسير خاطئ لحكم محكمة النقض فى هذا الشأن ، إذ من أين لنا أن المشترى لحصة شائعة عندما يطلب التسليم دون أن يحدد ما إذا كان مفرزا أم شائعا أنه يطلب التسليم المفرز ، أن الوضع الطبيعى للأمور والتفسير المنطقى والواقعى أن المشترى لحصة شائعة فى عقار عندما يطلب التسليم قبل تقسيم العقار إنما يطلبه شائعا وهذا حقه أما طلبه التسليم المفرز فهذا ما يخرج عن نطاق حقه ولا يجوز له طلبه وعلى ذلك فإن تفسير طلب المشترى لحصة شائعة فى عقار التسليم دون وصف بأنه تسليم شائع هو التفسير السليم الذى يتفق مع منطق الأمور ولذلك فإنه عندما يرد هذا الطلب فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع الحصة شائعة فى عقار فإن المحكمة تقضى به وتذكر فى حكمها أنها تقضى التسليم الشائع .

أما إذا حدد طلبه بالتسليم المفرز فإن المحكمة تنتهى إلى رفضه وهذا هو التفسير الصحيح لحكم النقض إذ أن الواقعة كانت بشأن مشتر لجزء شائع فى عقار بطلب التسليم المفرز ، فردت عليه محكمة النقض بأن ذلك يتجاوز الحقوق التى انتقلت اليه من البائع له والذى ما كان يمكنه طلب التسليم المفرز ولا يمكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما لسلفه الذى يستمد منه هذا الحق بالإضافة إلى ما يترتب على الحكم له بالتسليم المفرز من افراز لجزء من العقار بغير الطريق الذى رسمه القانون .

القدر الواجب تسليمه :

تنص المادة 1/433 مدنى على أنه " إذا عين فى العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولا عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ما لم يتفق على غير ذلك ، على أنه لا يجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع ألا إذا أثبت أن هذا النقص من الجلسة بحيث لو أنه كان يعلمه لما تم العقد " .

يجوز للبائع حبس المبيع :

إذا كان ثمن المبيع وقت مطالبة المشترى للبائع بالتسليم حالا كله أو بعضه للبائع أن يرفض التسليم وأن يحبس المبيع إلى أن يستوفى المبلغ المستحق له ولو حصل المشترى على نظره ميسره ، وفى ذلك تقول المادة 459 مدنى :

إذا كان الثمن كله أن بعضه مستحق الدفع فى الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة . هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع .

وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع لو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشترى فى الأجل طبقا لأحكام المادة 273 .

والحق فى حبس المبيع غير قابل للتجزئة – فليس للمشترى المطالبة بتسليم جزء من المبيع فى مقابل سداد جزء من الثمن ما دام المبيع قد بيع صفقة واحدة – ويشمل الحق فى الحبس أصل المبيع وثماره ونماؤه الناتجة منه بعد البيع .

المادة (347) مدنى تحدد مكان التسليم :

تنص المادة 347 مدنى على أنه :

إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو فى المكان الذى فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال .

الأصل إذن أنه إذا كان المبيع شيئا معينا بالذات أن يكون التسليم فى المكان الذى يكون هذا الشئ موجودا فيه وقت انعقاد البيع وقد يكون منقولا ولم يتعين مكان وجوده وقت البيع والمفروض فى المنقول أن يكون برفقة صاحبه حيث يقيم فيكون تسليمه فى موطن البائع أو فى المكان الذى يوجد به مركز أعماله إذا كان المبيع يتعلق بهذه الأعمال .

أما إذا كان المبيع شيئا غير معين بالذات بل معينا بنوعه أو كان حقا شخصيا حوله الدائن ، فإن التسليم يكون فى موطن البائع أو فى مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال .

هل يجوز طلب التسليم فى دعوى صحة التعاقد رغم أن النص فى عقد البيع على أن التسليم قد تم ؟

يحدث أحيانا أن يرد طلب التسليم فى صحيفة دعوى صحة ونفاذ عقد البيع رغم ما هو ثابت فى العقد المقدم من الخصوم من أن تسليم المبيع قد تم أو ما قد يذكر فى العقد من أن التوقيع عليه من المشترى يعتبر دليلا على قيام البائع بالوفاء بالتزامه بالتسليم .

ولما كان طلب التسليم رغم النص فى العقد على أنه قد تم يعتبر طلبا مطروحا على المحكمة يتعين أن ترد عليه بالقبول أو الرفض ، كما أنه من غير المنطقى ، أن يطلب الخصوم طلبات قد تم الوفاء بها ، ولذلك فإن التفسير المنطقى لهذا الطلب لا يخرج عن احتمال من ثلاثة :

وقبل أن نورد هذه الاحتمالات نود أن نشير إلى أن المشكلة لا تثور إلا بالنسبة للتسليم الفعلى لأنه هو الذى يحتاج إلى أعمال مادية يقوم بها البائع لكى يتمكن المشترى من وضع يده على المبيع وبالتالى فإنه يعتبر عملا ماديا أما التسليم الحكمى فإنه تصرف قانونى يتفق عليه الطرفان ولا يحتاج إلى أعمال مادية يقوم بها البائع أو المشترى .

والاحتمالات الثلاثة التى يمكن أن تثور بشأن التسليم الفعلى فى هذه الحالة هى :

أن يكون التسليم رغم النص على تمامه فى العقد إلا أنه لم يحدث فعلا ، أى أن ما جاء بالعقد لا يصادف حقيقة الواقع ، فى هذه الحالة تقوم المحكمة بالتحقق من ذلك وعلى المدعى المشترى هنا أن يثبت أن التسليم الفعلى لم يتم رغم النص فى العقد على تمامه ويجوز له إثبات ذلك بكفالة طرق الإثبات لا يحول دون ذلك حكم المادة 61 من قانون الإثبات التى لا تجيز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد لقيمة على عشرين جنيها فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى ، لأن المشترى هنا إنما يثبت الظروف والملابسات المادية التى أحاطت بالتسليم بأن يثبت مثلا أن البائع طلب منه أن يوقع بما يفيد استلام المبيع وسيقوم بتسليمه له بعد كتابة العقد إلا أنه لم يقم بذلك ، يضاف إلى هذا أن ما يدعيه المشترى فى هذه الحالة يمكن أن يدخل تحت الغش أو الاحتيال على القانون الذى يبيح للمتعاقد أن يثبت عكس ما هو ثابت بالكتابة بغير الكتابة (قرب هذا الوسيط الجزء الثانى المجلد الأول ص530 حيث يرى المؤلف إمكان إثبات الظروف والملابسات المادية التى أحاطت بكتابة العقد بكافة طرق الإثبات) . وحتى مع عدم توافر الظروف السابقة فإن المشترى يستطيع أن يثبت أن التسليم لم يتم رغم الثابت فى العقد بكافة طرق الإثبات فى حالة عدم اعتراض البائع لأن قواعد الإثبات كما سبق القول لا تتعلق بالنظام العام ولا يجوز للمحكمة أن ترفض إحالة الدعوى الى التحقيق لإثبات أن التسليم لم يتم رغم النص عليه فى العقد إذا لم يعترض المدعى عليه .

وأخيرا فإنه يجوز للمدعى أن يوجه إلى البائع المدعى عليه اليمين الحاسمة بأن التسليم لم يتم رغم النص عليه فى العقد ويجب على المحكمة فى هذه الحالة أن توجه اليمين الحاسمة متى توافرت شروطها .

أما الاحتمال الثاني أن يكون التسليم قد تم فعلا إلا أنه حدث بعد ذلك نزاع بشأن تمامه بأن ادعى المشترى مثلا أن البائع لم يرفع يده تماما من العقار المبيع بأن ظل يستغل جزءا منه أو أبقى فيه بعض معداته ومنقولاته أو أنه عد إلى وضع يده على المبيع بعد أن قام بتسليمه وغير ذلك من المسائل التى تحول دون انتفاع المشترى الكامل بالمبيع وفى هذه الحالة يجوز للمشترى أن يثبت ادعاءه هذا بكافة طرق الإثبات لأنه إنما يثبت وقائع مادية وفى هذه الحالة إذا اثبت المشترى ادعاءه تقضى له المحكمة بالتسليم حتى يكون الحكم الصادر فى الدعوى سندا تنفيذيا لاستلام المشترى للمبيع وقطع أى نزاع ينشأ بينه وبين البائع فى هذا الخصوص .

أما الاحتمال الثالث والأخير فهو أن تتبين المحكمة أن ما جاء بالعقد يطابق الواقع وأن التسليم قد تم فعلا وفى هذه الحالة تقضى المحكمة برفض طلب التسليم لسبق الوفاء به .

تسليم المبيع فى حالة ما إذا كان تحت يد آخر غير البائع بموجب عقد :

أحيانا يكون المبيع تحت يد آخر غير البائع بسبب قانونى مثل الإيجار أو العارية أو الرهن الحيازى وما إلى ذلك من العقود التى تعطى لصاحبها الحق فى الانتفاع بالمبيع بمقابل أو بغير مقابل أو امسك المبيع ضمانا لحق له على البائع ، ولما كان الالتزام بتسليم المبيع إنما يقع على البائع فهو الملتزم بمقتضى عقد البيع بأن يسلم المبيع الى المشترى ولا يلتزم بذلك أحد غيره ممن يكون المبيع تحت يده بسبب قانونى ممن سبق ذكرهم ، فإذا ما طلب المشترى تسليم المبيع سواء كان ذلك بطلب أصلى فى دعوى مستقلة أو ضمن طلباته فى دعوى صحة ونفاذ العقد فإنه يجاب إلى ذلك ما دام لا يوجد فى العقد ما يحول دون إجابته . ألا أن التسليم فى حالتنا هذه لا يجب أن يتعارض مع حقوق أحد من الحائزين للمبيع بموجب سند صحيح قائم ونافذ ، فتسليم المبيع المؤجر بموجب عقد إيجار قائم ونافذ يكون بتسليم عقد الإيجار للمشترى وتحويله إليه حتى تنشأ علاقة مباشرة بين المشترى والمستأجر يستطيع من خلالها مطالبته بالأجرة وبالتزاماته الأخرى الناتجة من عقد الإيجار وكذلك الشأن بالنسبة لعقد العارية أو الرهن الحيازى . فالتسليم لا يجب أن يتعارض مع حقوق أحد من هؤلاء الثابتة بموجب عقد صحيح ونافذ ، وأى مساس بحقوق أحد من هؤلاء يعد خطأ من الحكم . وأى فهم للتسليم فى هذه الحالة فى غير حدود احترام هذه العقود يكون فهما خاطئا ، فإذا ما امتد التسليم الى نزع المبيع من تحت يد حائزة الذى يضع يده عليه بموجب عقد صحيح ونافذ بينه وبين البائع فإنه يكون قد تجاوز حدود الفهم الصحيح للتسليمأو الرهن الحيازى .

فى حالتنا هذه لا يغير من ذلك اختصام الحائز فى دعوى صحة التعاقد ليكون الحكم فى مواجهته أو عدم اختصامه إذ أن اختصام الحائز فى هذه الحالة لا يغير من الفهم سالف الذكر للتسليم بأنه تسليم لسند الحيازة فقد وحوالته إليه ، والحائز للمبيع سواء اختصم فى دعوى صحة التعاقد أو لم يختصم لا يكون ملزما بشئ لأن التسليم التزام لا يقع على عاتقه هو بل على عاتق البائع ولذلك فإن تنفيذ التسليم فى هذه الحالة لا يمكن أن يكون بنزع المبيع من تحت يده حائزة

وإنما يكون التنفيذ ضد البائع بإرغامه على تسليم العقد الذى يربطه بالحائز الى المشترى وحوالته اليه ، وفى هذه الحالة تنشأ العلاقة المباشرة بين المشترى والحائز ويستطيع مطالبته بالالتزامات الناتجة عن العقد المحول إليه . والحائز سواء كان مستأجرا أو غيره لا يهمه المالك للمبيع ما دام أن ذلك لا يتعارض مع حقوقه الثابتة فى عقده ولا يحول دون تنفيذ هذا العقد . (يراجع فى تفصيل ذلك الدكتور السنهورى المرجع السابق الجزء الرابع ص807 وما بعدها والمستشار محمود الخضيرى ص250 وما بعدها والدكتور سليمان مرقص ص335 وما بعدها) .

القاعدة أن نفقات التسليم على البائع وأن نفقات الاستلام على المشترى :

الأصل عملا بنص المادة 348 أن تكون نفقات التسليم على البائع باعتباره المدين بالتسليم وأن تكون نفقات الاستلام على المشترى باعتباره ملتزما بالاستلام . وتشمل مصاريف التسليم كل النفقات اللازمة لوضع المبيع تحت تصرف المشترى بغير عائق يمنعه من حيازته والانتفاع به كنفقات الإفراز وأجرة نقل المبيع إلى المكان الذى يجب أن يتم فيه التسليم ، والرسوم الجمركية إذا كان التسليم يتم فى موطن المدين ولذلك يمتنع على البائع فى هذه الحالة المطالبة بزيادة الثمن مقابل زيادة هذه الرسوم كما يمتنع على المشترى المطالبة بنقص الثمن مقابل نقصها ، أما إذا كان التسليم فى موطن البائع فإن المشترى هو الذى يتحمل مصاريف الحزم والنقل والجمرك والتفريغ ، ويجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلاف ذلك كله ويجب إعمال اتفاقهما . وقد كان المشروع التمهيدى بنص فى المادة 580 منه على أن نفقات التسليم على البائع إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ويدخل فى هذه النفقات ما صرف على المبيع فى نقله إلى مكان التنفيذ وفى مقاسه أو كيله ووزنه وحزمه ، ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة . (يراجع فى تفصيل ما تقدم السنهورى بند 312 – البدراوى بند 272 – مرسى بند 154 – الهلالى وزكى بند 310) .

هل يلزم التسليم الفعلى لبراءة البائع من التزامه بالتسليم ؟

يجب أن يتم التسليم القانونى أو الحكمى على النحو السالف ، فتبرأ بهما ذمة البائع من التزامه بالتسليم ولو لم يستول المشترى على المبيع استيلاء ماديا بحيث يصبح فى حيازته المادية ولكن عدم تمام التسليم الفعلى للمشترى قد يعرض حقوقه للخطر إذ ما كان المبيع منقولا وتصرف فيه البائع إلى آخر رغم وضعه تحت تصرف المشترى الأول فسبق المشترى الثانى إلى تسلم المبيع تسلما فعليا بحيازته حيازة مادية إذ يكتسب هذا الأخير الملكية إعمالا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية عملا بنص المادة 976 ، كما أنه إذا كان المبيع بضاعة واكتفى البائع بتسليم مستنداتها إلى المشترى ثم تصرف فى البضاعة إلى آخر حسن النية فسق الأخير إلى تسليم البضاعة ذاتها فإن هذا الأخير هو الذى تنتقل إليه الملكية عملا بنص الفقرة الثانية من المادة 954 ولو كان عقد شرائه تاليا لعقد شراء الأول ولو كان هذا المشترى الأول حسن النية كذلك . (غانم ص 150) .

يجب تسليم المبيع فى الوقت الذى عينه المتعاقدان :

يجب تسليم المبيع فى الوقت الذى عينه المتعاقدان فإذا لم يعينا هذا الوقت وجب التسليم وفقا للمادة 1/346 مدنى فى الوقت الذى يتم فيه العقد ، ما لم يتفق المتعاقدان على وقت لاحق للتسليم أو كان العرف أو طبيعة المبيع تستلزم مضى مدة من وقت العقد حتى اجراء التسليم ، فى هذه الحالة لا يعتبر التسليم واجبا إلا من الوقت الذى حدده المتعاقدان أو يجرى به العرف .

أحكــام النقــض :

ان التزام البائع بتسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع ، بل هو اهم التزامات البائع التى تترتب بمجرد العقد ولو لم ينص عليه فيه. (جلسة 3/ 2/ 1938 طعن 73 سنة 7ق) .

ان المادة 277 من القانون المدنى تنص على ان يكون تسليم المبيع فى الوقت الذى عين لذلك فى العقد والا ففى وقت البيع مع مراعاة المواعيد التى جرى العرف عليها. (جلسة 3/ 2/ 1938 طعن رقم 73 سنة 21 ق) .

قسمة المال الشائع ماهيتها - وضع القدر المباع شائعا تحت تصرف المشترى يتمكن من حيازته والانتفاع به - عدم اعتباره قسمة للمال الشائع . (نقض مدنى جلسة 7/ 1985/2 الطعن رقم 104 سنة 52 ق) .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان من تلقى حصة مفرزة لا يملك بارادته المنفردة ان يغير موضوع حقه فيجعله شائعا، على خلاف سنده ، ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه ان القدر المبيع للمطعون عليه الأول بالعقد موضوع الدعوى 12 مفرزة وكان طلب المطعون عليه الأول الحكم بصحة ونفاذ هذا العقد عن قدر شائع فى مساحة أكبر 15 س 3 ف فان الحكم المطعون فيه اذ أجابه الى هذا الطلب وقضى له على خلاف مقتضى سنده يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون . (نقض مدنى جلسة 5/ 5 / 1981 السنة 32 جزء ثان ص 1374)

يشترط طبقا للمادة 203 من القانون المدنى لإجبار المدين البائع على تسليم العين المبيعة الى المشترى ان يكون هذا التسليم ممكنا . فإذا كانت العين المبيعة مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر تعلقا قانونيا استحال الوفاء بهذا الالتزام عينا للمشترى الاول . (نقض مدنى الطعن رقم 726 سنة 51 ق جلسة 26/ 1984/2)

لا يجوز للمشترى لقدر مفرز فى العقار الشائع ان يطالب بالتسليم مفرزا لأن البائع له الشريك على الشيوع لم يكن يملك وضع يده على حصة مفرزة قبل حصول القسمة الا برضاء باقى الشركاء جميعا ، ولا يمكن ان يكون للمشترى حقوقا اكثر مما كان لسلفه 0 هذا الى ما يترتب على القضاء بالتسليم المفرز فى هذه الحالة من افراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون. (نقض مدنى جلسة 13 /1974/12 السنة 25 ص 1224)

ان نص المادة الثامنة من لائحة بيع اراضى بلدية الإسكندرية وان لم يكن فى عبارته الزام البلدية بتسليم المبيع او التزامها به إلا أنه لا يدع شكا فى ان التسليم من التزامات البائع، اذ أن عبارة هذا النص شبيهة بعبارة نص المادة الخامسة من اللائحة المذكورة ، والمفهوم من مجموع النصين ان الميعاد الذى أعطى للمشترى لدفع ثلث الثمن هو بعينه الميعاد الذى أعطى للبائع لتسليم المبيع، فهما متماسكان تمام التماسك ، فاذا كانت ارض البلدية التى رسا مزادها على المشترى ودفع ثلث الثمن فى الخمسة الايام التالية لرسو المزاد قد تأخر تسليمها اليه لخلاف بينه وبين المجلس فى شأن هذا التسليم ثم سوى هذا الخلاف ببيع بعض اجزاء اخرى للمشترى مجاورة للأرض المبيعة له اولا وتم تسليم كل ما بيع من الارض فى تاريخ معين ، فإن ميعاد استحقاق القسط الاول من باقى الثمن يبدأ من هذا التاريخ الذى حصل فيه تسليم الأرض مساحتها الاخيرة لا من اليوم الخامس من رسو المزاد كما هو نص المادة الخامسة السالفة الذكر0 (جلسة 1938/2/3 طعن رقم 73 سنة 7 ق) .

البائع ملزم بتسليم العقار المبيع بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد0 فاذا هو اقدم، قبل نقل الملكية للمشترى بتسجيل العقد او الحكم الصادر بصحة التعاقد فأحدث زيادة فى هذا العقار(بناء) بينما المشترى يطالبة وبقاضيه لتنفيذ تعهده فلا مخالفة لقانون التسجيل فى ان تعتبره المحكمة- بعد ان صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل- كأنه احدث تلك الزيادة فى أرض مملوكة لغيره يفصل فى أمرها قياسا على حالة من احدث غراسا او بناء فى ملك غيره. (جلسة 8/ 1932/12 طعن رقم 56 سنة 2 ق)

ان من آثار البيع نقل ملكية المبيع الى المشترى بما يكملها وبما يحددها 0 ولما كان الارتفاق المقرر لمنفعة العقار المبيع من مكملات ملكيته كان لا موجب للتنصيص عليه بالذات فى عقد البيع كى يمكن للمشترى التحدى به .(جلسة 13/ 1949/1 طعن رقم 3 سنة 18ق)

عرض البائع على المشترى امام المحكمة البضاعة المبيعة هو عرض حقيقى وفقا للمادة 697 من قانون المرافعات- القديم - متى كان العقد لم يحدد ميعادا للتسليم واذن فمتى كان الحكم اذ قضى باعتبار المشترى هو المتخلف عن الوفاء قد أثبت ان البائع ما زال يعرض البضاعة على المشترى امام المحكمة وان هذا الأخير هو الذى كان يأبى تنفيذ الانفاق ، وان هذا الذى جرى امام المحكمة هو ما كان عليه موقف المتعاقدين قبل طرح خصومتهما امام القضاء فان الطعن فيه بالقصور ومسخ الأنفاق المبرم بين الطرفين يكون فى غير محله. (جلسة 8/ 1951/12 طعن رقم 144 سنة 18ق)

إذا كانت المحكمة فى سبيل تعرف ما اذا كان القدر المتنازع على ملكيته بين البائع والمشترى يدخل فى حدود المبيع قد رجعت الى مستندات التمليك والى تقارير الخبراء المعينين فى الدعوى فاعتبرت احد الحدود الواردة فى عقد البيع (الحد البحرى وهو جسر السكة الحديد) حدا ثابت من غير شبهة ، ثم اعتمدت فى توفيه المشترى القدر المبيع له على ما هو مبين بالعقد من اطوال للحدين الشرقى والغربى مقيسة من ذلك الحد (البحرى) ثم اوردت فى حكمها ما تبينته من المعاينة من ان الحد الرابع (القبلى) من ناحية ترعة الأسماعيلية غير ثابت لوجود طريق منشأ على جانب الترعة فضلا عن انخفاض مستوى الأرض المتنازع عليها عن مستوى ملك المشترى فى هذه الناحية انخفاضا واضحا ،

ثم قالت تأييدا لوجهه نظرها وتفسيرا لمدلول العقد ، إنه ليس بمعقول ان يصل الحد البحرى الى جسر ترعة الاسماعيلية فيكون القدر المشترى بحيث يشمل عشرين فدانا اخرى زيادة فى المساحة ، فان هذا الذى حصلته من عقد البيع ومن وقائع الدعوى ورتبت عليه حكمها برفض دعوى المشترى مقبول عقلا وفيه الكفاية لتسبيب الحكم . (جلسة 1944/5/4 طعن رقم 89 سنة 13 ق)

إنه وان كانت التضمينات فى حالة العجز عن الوفاء العينى تعتبر مستحقة من الوقت الذى يظهر فيه للدائن عجز المدين عن الوفاء لا أنه إذا لم يظهر هذا العجز للدائن فإن التضمينات تكون مستحقة من الوقت الذى يمتنع فيه المدين عن الوفاء بعد تكليفه به رسميا من قبل الدائن عملا بالقاعدة القانونية العامة ، وعلى ذلك اذا سلم البائع جزءا من المبيع متأخرا عن الميعاد المتفق عليه ثم توقف عن تسليم الباقى حتى اعذره المشترى ، ولم يثبت من وقائع الدعوى ما يدل على ظهور عجز البائع عن الوفاء من اليوم الذى حصل فيه تسليم ذلك الجزء بل كانت تلك الوقائع دالة على ان ميعاد التوريد المتفق عليه فى العقد قد عدل عنه برضاء الطرفين فان التضمينات لا تكون مستحقة الا من الوقت الذى امتنع فيه البائع عن الوفاء بعد تكليفه به رسميا واذا تمسك المشترى(بسبب ارتفاع الاسعار) باستحقاق التضمنيات من تاريخ التسليم الجزئى باعتبار انه هو التاريخ الذى ظهر فيه عجزه عن الوفاء بالباقى ، وقضت المحكمة بذلك كان حكمها مخطئا فى تطبيق القانون . (جلسة 25/ 1/ 1945 طعن رقم 88 سنة 14 ق)

اذا رفعت دعوى بطلب تسليم عقار استنادا الى حكم سبق صدوره بتثبيت ملكية المدعى لهذا العقار وصحة العقود الصادره له به والى ان المدعى مالك للعقار بمقتضى هذه العقود ، ثم رأت المحكمة لسبب ما ان الحكم السابق ليست له حجية الشئ المحكوم فيه- فإنه يكون عليها للقضاء فى طلب التسليم ان تفصل فى ملكية المدعى وفى صحة عقوده على اساس انهما مطروحان عليها ولا يصح لها ان تقضى برفض دعوى التسليم وتترك المدعى وشأنه فى رفع دعوى جديدة بملكيته وصحة عقوده0(جلسة 22 / 6/ 1950 طعن رقم 191 سنة 17 ق)

ان المادة 118 من القانون المدنى تشترط فى كل من الصورتين الواردتين بها، وهما كون العين مملوكة للمتعهد وقت التعاقد او كون ملكه لها حدث من بعد التعهد مملوكا للبائع وقت تعهده للمتصرف اليه الاول ، ثم تعلقت به ملكية شخص آخر تعلقا قانونيا ، فهذا مانع من اجراء حكم المادة 118 فيـه. (جلسة 1935/12/2 طعن رقم 35 سنة 5 ق)

إذا كانت المحكمة قد اسندت فى حدود سلطتها الموضوعية بالمستندات التى اشارت اليها من اسباب حكمها على ان اسعار الشاى لم تكن فى هبوط فى الوقت المحدد لتسليم المقدار المبيع من الطاعن وان الشهادة التى قدمها هذا الأخير والموقعة من احد التجار هى شهادة مجاملة لا تطمئن اليها وان الطرفين لم يقدما شهادة رسمية عن اسعار الشاى فى السوق وعن مقدار ما يجنيه تجاره من ربح وانتهت من ذلك الى تقدير التعويض المستحق للشركة المشترية التى لم تتسلم الشاى المبيع على اساس ربح تجارى معقول حددته بعشرين فى المائة من قيمة الصفقة فأن المحكمة تكون قد اسست قضاءها بالتعويض على اسباب تؤدى الى النتيجة التى خلصت اليها0 ويكون فى غير محله النعى عليها بانها قضت بالتعويض على اساس يختلف عن التسعير الجبرى للشاى متى كان الطاعن لم يقدم دليلا على ان ما قضى به من تعويض يختلف عن التسعير الجبرى الذى كان مفروضا على اسعار الشاى وقت انعقاد الصفقة . (جلسة 1953/4/23 طعن رقم 351 سنة 20 ق)

اذا كان الواقع فى الدعوى ان المطعون عليه باع للشركة الطاعنة كمية من القطن واتفقا سلفا على تحديد الميعاد الذى يجب ان يتم فيه التسليم ورتبا الجزاء على عدم قيام المطعون عليه بالتوريد فيه بأن يدفع للطاعنة الفرق بين سعر البيع والسعر الجارى التعامل به للبضاعة الحاضرة فى اليوم الذى يظهر فيه العجز او عدم التسليم ، وكان تحديد هذا اليوم انما يكون بأستظهار نية المتعاقدين وما تستخلصه المحكمة من أوراق الدعوى وظروفها ، وكانت محكمة الموضوع اذ خلصت الى تحديد يوم معين اعتبرته آخر ميعاد قدم فيه المطعون عليه للطاعنة قدرا من القطن المبيع ، وقررت انه لم يحصل بعد ذلك التاريخ عرض من المطعون عليه ولا قبول من الطاعنة لأى مقدار آخر ، وكان لا يبين من وقائع الحكم واسبابه ما يفيد ان المطعون عليه كان ينتوى الاستمرار فى توريد باقى الأقطان المبيعة بعد التاريخ الذى حددته وان المحكمة رتبت على ذلك ان اليوم التالى هو ميعاد الذى يحق للطاعنة ممارسة حقها فى شراء ما تخلف المطعون عليه عن توريده من القطن المبيع واجراء محاسبته على هذا الاساس ، فإن هذا الذى انتهت اليه المحكمة يعتبر تقديرا موضوعيا مما يستقل به قاضى الموضوع دون رقابة فيه لمحكمة النقض. (الطعن 189 سنة 35 ق جلسة 1959/10/23 س 10 ص 590) ، والطعن 52 سنة 25 ق جلسة 1959/11/12 س 10 ص 641)

تحديد اليوم الذى يعتبر فيه البائع متخلفا عن التوريد وبالتالى ملزما بالتعويض انما يكون باستظهار نية المتعاقدين وما تستخلصه محكمة الموضوع من اوراق الدعوى وظروفها . (الطعن 657 لسنة 32 ق جلسة 12 / 12/ 67 س 18 ص 1860)

اذا كان الطاعن قد أورد فى مذكرته امام محكمة الاستئناف والمعلنة الى المطعون عليها قوله للطاعن الحق فى حبس العين المبيعة تحت يده مقابل المصروفات التى أنفقها فى اصلاح الاطيان وردمها ... وكان هذا الدفاع يختلف فى اساسه عن دفاع الذى ابداه الطاعن امام محكمة اول درجة بأنه اتفق مع البائعة على خصم المصروفات التى ينفقها على الاطيان المبيعة من الثمن وقد وردت تلك المحكمة فى حكمها على هذا الدفاع التى ينفقها على الاطيان المبيعة من الثمن وقد وردت تلك المحكمة فى حكمها على هذا الدفاع بما ينفيه ، وكانت المادة 246 من القانون المدنى اذا اوردت فى الفقرة الأولى منها القاعدة العامة فى حق الحبس قد نصت بفقرتها الثانية على احدى حالاته البارزة فقالت " يكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ او محرزه إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية او نافعة فإن له ان يمتنع عن ردهذاالشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له إلا أن يكون الألتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " واذ أغفل الحكم المطعون فيه أعمال حكم هذا النص بشأن دفاع الطاعن المشار اليه لبيان مدى انطباقه عليه وما يحق للطاعن حبسه وفقا للقانون مما قد يتغير وجه الرأى فى الدعوى وقضى الحكم بتسليم الاطيان المبيعة الى المطعون عليها الأولى فإنه يكون مشوبا بالقصور (الطعن 505 لسنة 34 ق جلسة 10 /68/12 س 19 ص 1504)

لئن كانت ملكية العقار المبيع لا تنتقل الى المشترى قبل تسجيل عقد البيع الا ان البائع يلتزم بتسليم المبيع الى المشترى ولو لم يسجل العقد 0 وبذلك تكون للمشترى ثمره المبيع من تاريخ ابرام البيع ما لم يوجد انفاق يقضى بغير ذلك . (الطعن 532 لسنة 34 ق جلسة 69/1/23 س 20 ص 150)

لا يجدى ادعاء الطاعنة (الشركة البائعة) بأن عقد البيع (ومحله ارض اكلها النهر) قد انفسخ لاستحالة تنفيذه بصدور القانون رقم 192 لسنة 1958 فى شأن طرح النهر واكله، لأنه وان كان هذا القانون قد منح تسليم ارض من طرح النهر لأصحاب ارض اكلها النهر ، وقصر التعويض عنها على ما يعادل قيمة الأرض ان ذلك ليس من شأنه ان يحرم المشترى من حقه فى الحصول على مقابل عن هذه الأرض 0 (الطعن رقم 123 لسنة 36ق- جلسة 26 / 1970/5 - س 21 ص 900)

عقد البيع غير المسجل ، وان كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع الى المشترى الا أنه يراد في ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع ويترتب على الوفاء بهذا الألتزام ان يصبح في حيازة المشترى ، وله ان ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار0 (الطعن 240 لسنة 36 ق- جلسة 8/ 4/ 1971 س 22 ص 443)

اذا كانت محكمة الموضوع قد قامت بفحص العينة وأجرت مقارنة بينها وبين البضاعة المبيعة فأسفر بحثها عن مطابقة البضاعة للعينة فى خصائصها التى رأت ان المتعاقدين قصداها ، فليس فى استظهارها فى هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة ما ينفى المطابقة طالما أنها قد انتهت بما لها من سلطة التقدير فى هذا الصدد الى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروقا لا يؤبه لها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة0 (الطعــن رقم 169 سنة 25 ق جلسة 12/ 1959/11 س 10 ص 659)

متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع على أساس ان البائع لم يوف التزاماته المترتبة على العقد- حتى وقت الحكم النهائى فى الدعوى ، وكان مجرد عرض البائع استعداده لتسليم العين المبيعة على اساس ان يوقع المشترى على عقد البيع النهائى لا يعد عرضا حقيقيا يقوم مقام الوفاء بالالتزام لأن البائع لم يتبع استعداده للتسليم بطلب تعيين حارس لحفظ العين المبيعة طبقا لما توجبه المادتان 339 من القانون المدنى و 792 من قانون المرافعات فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون . (الطعن رقم 159 لسنة 27 ق جلسة 8/ 1962/11 س 13 ص 992)

الهلاك المنصوص عليه فى المادة 437 من القانون المدنى هو -على ما جرى به قضاء محكمة النقض- زوال الشئ المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية ومن ثم فان استيلاء الإصلاح الزراعى- بعد البيع- على قدر من الاطيان المبيعة لا يعد هلاكا لهذا القدر تجرى عليه احكام الهلاك فى البيع . (الطعن 377 لسنة 30 ق - جلسة 1/ 66/2 س 17 ص 205)

تطبيق نص المادة 434 من القانون المدنى فى حالة الادعاء بوجود عجز فى المبيع محله ان يكون البيع قد انعقد على عين معينة مفرزة ذات مقاس او قدر معين ولم يقم البائع بالتسليم على النحو الذى التزم به بان سلم المبيع اقل قدرا مما هو متفق عليه0(طعن 377 لسنة 30 ق- جلسة 66/2/1 س 17 ص 205)

النص فى المادة 220 / 1 من القانون المدنى انه " لا ضرورة لأعذار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين ، يدل على انه لا ضرورة لأعذار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين، يدل على أنه لا ضرورة لاعذار المدين اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين مما مؤداه انه اذا التزم البائع بتسليم المبيع فى ميعاد معين ، وكان موضع اعتبار المتعاقدين - فإن تأخيره فى تنفيذ الالتزام عن الموعد المحدد يستوجب مساءلته قبل المشترى بالتعويض عن الأضرار التى تكون قد لحقت به من جراء هذا التأخير حتى ولو كان التسليم قد تم فيما بعد وذلك لوقوع الإخلال به فى حينه وتحقق الضرر فعلا نتيجة له بما لا يجدى تداركه او جبره التسليم اللاحق وهو ما يضحى معه تنفيذ الالتزام فى شقة المتعلق بالتسليم فى الميعاد المحدد غير ممكن بفعل المدين ، بما لا ضرورة معه لأعذاره0(الطعن رقم 2196 س 51 ق جلسة 1984/12/11)

متى كان المطعون عليها قد أسست دعواها على عقد البيع الأبتدائى الصادر لها،والذى ينقل اليها- ولو لم يكن مشهرا - جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما في ذلك طلب نفى حق الارتفاق الذى تدعيه الطاعنه ، فإن الدعوى تكون من الدعاوى المتعلقة باصل الحق، وليست من دعاوى الحيازة ، ويكون قضاء الحكم المطعون فيه بتسليم العين وطرد الطاعنه منها استنادا الى ان العقد العرفى يمنح المشترى الحق فى استلام المبيع لانه من الآثار التى تنشأ عن عقد البيع صحيحا فى القانون ، ولا عبرة بما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه من أنه قضى بتسليم العين رغم سبق القضاء به فى دعوى صحة التعاقد المرفوعه على البائعة طالما ان الطاعنة لم تكن طرفا فيها0 (الطعن رقم 513 لسنة 37 ق – جلسة 1972/1/25 س 24 ص 98)

لا يجوز للمشترى لقدر مقرز فى العقار الشائع ان يطالب بالتسليم فورا لأن البائع له- الشريك على الشيوع- لم يكن يملك وضع يده على حصة مفرزة قبل حصول القسمة الا برضاء باقى الشركاء جميعا ، ولا يمكن ان يكون للمشترى حقوق اكثر مما كان لسلفه ، هذا الى ما يترتب على القضاء بالتسليم فى هذه الحالة من افراز ، لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون. (الطعن رقم 341 لسنة 39 ق- جلسة 1974/12/3 س 25 ص 1324)

يشترط طبقا للمادة 203 من القانون المدنى لاجبار المدين البائع على تسليم العين المبيعة الى المشترى ان يكون هذا التسليم ممكنا ، فإذا كانت هذه العين مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر تعلقا قانونيا استحال الوفاء بهذا الألتزام عينا للمشترى الأول0 (الطعن رقم 226 لسنة 36 ق جلسة 17/ 1970/12 س 21 ص 1355)

يشترط طبقا للمادة 203 من القانون المدنى لأجبار المدين البائع على تنفيذ التزامه بتسليم العين المبيعة الى المشترى ان يكون هذا التسليم ممكنا فإذا كانت هذه العين مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر تعلقا قانونيا استحال الوفاء بهذا الالتزام عينا للمتشرى الأول 0 (الطعن 5209 لسنة 51 ق جلسة 16/ 1984/12 س 35 ص 2111)

يشترط فى وضع المبيع تحت تصرف المشترى - ليتحقق به التسليم المنصوص عليه فى المادة 435 من القانون المدنى ان يكون بحيث يتمكن المشترى من حيازة المبيع والانتفاع به0 التسليم المعنوى او الحكمى يقوم مقام التسليم الفعلى0 (الطعن رقم 632 س 51 ق جلسة 21 / 1985/2)

النص فى البند السادس من العقد موضوع النزاع على ان يدخل فى تقدير الثمن00 وبصفة جوهرية فى التعاقد تسليم فريق الطرف الثانى ثلاث شقق خالية بالعقار على الوجه الآتى: أولا - تسلم الشقة رقم 3 فور هذا التعاقد ويعتبر فريق الطرف الثانى هو صاحب اليد عليها دون غيره دون أى منازعة او معارضه من الفريق الأول ، وفى حالة اخلال فريق الطرف الأول تسليم اى شقة من هذه الشقق الثلاث فيلتزم بتعويض الطرف الثانى 700 جنيه عن كل شقة بخلاف حق الطرف الثانى فى اكراه الطرف الاول على تنفيذ ذلك الالتزام بالتسليم مع التعويض " يدل على استحقاق المشترين للانتفاع بالشقة محل النزاع هو التزام على البائع نحوهما نفاذا لعقد البيع وليس انشاء لعلاقة ايجارية مستقلة عن عقد البيع . (الطعن 703 لسنة 49 ق جلسة 7/ 3/ 1985 س 36 ص 358)

الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الاصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد ، وهو واجب النفاذ بمجرد تماما العقد ، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ، كما ان البائع ملزم بتسليم العقار المبيع بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد طبقا لنص المادة 431 من القانون المدنى، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه برفض الدعوى على سند من ان عقد البيع المسجل المتضمن بيع المطعون ضدهم للطاعنين العقار الكائن به شقتا النزاع قد خلا من رتيب اى التزام على عاتق المطعون ضدهم بتسليم هاتين الشقتين فإنه يكون قد خالف القانون واخطا فى تطبيقه . (الطعن 610 لسنة 49 ق جلسة 26/ 3/1983 س35 ص824)

اذ كان الطاعن قد اسس دعواه- بطلب طرد واضع اليد على العقار مشتراه - على عقدى البيع العرفيين الصادرين له وكان عقد البيع - ولو لم يكن مشهرا - ينقل الى المشترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها استنادا الى ان العقد العرفى يمنح المشترى الحق فى استلام المبيع لأنه من الاثار التى تنشأ عن عقد البيع الصحيح واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه برفض الدعوى تأسيسا على ان الطاعن لم يكتسب ملكية المنزل محل النزاع لعدم شهر عقدى شرائه فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون0 (الطعن 445 لسنة46 ق- جلسة 28/ 1979/5 - س 30 ع2 ص 461)

النص فى المادة 431 من القانون المدنى على ان " يلتزم البائع بتسليم المبيع المشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع" يدل على ان محل التزام البائع بتسليم العين المبيعة الى المشترى يتحدد بالمبيع المتفق عليه فى عقد البيع وهو فى الشئ المعين بالذات يكون بحسب اوصافه الأساسية المتفق عليها والتى تميزه عن غيره(كما ان وقوع خطأ مادى فى التسليم فيما يتعلق بماهية المبيع لا يمنع البائع من طلب تسليمه وفقا لما تقضى به المادة 123 من القانون المدنى0لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك وفقا لما تقضى به المادة 123 من القانون المدنى 0لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك امام محكمة الاستئناف بان الشقة التى تسلمها المطعون ضده الاول بموجب المحضر المؤرخ 8 من يوليو سنة 1981 والمطلوب القضاء بصحته ونفاذه هى المقصودة برقم 8 التى تعاقد الاول على شرائها

وليست رقم 7 التى تعاقد المطعون ضده عليها طبقا للرسم الهندسى الذى اجريت وفقا له عملية القرعة والتعاقد مستدلا على ذلك باقرار الهيئة البائعة له وبما أسفرت عنه المعاينة التى اجراها الخبير المنتدب من ان جميع الشقق فى جميع الادوار التى تعلو شقة النزاع او تقع تحتها تحمل رقم 8 وسلمت الى من تعاقدوا على الشقة رقم 8 او الى ما جاء بكتاب الشركة العامة للإنشاءات القائمة على التنفيذ والتسليم من ان الشقة التى تسلمها المطعون ضده الاول رقم 8 ، واذ انتهى الحكم المطعون فيه الى القضاء بتأييد الحكم الأبتدائى القاضى بصحة ونفاذ محضر التسليم سالف الذكر على سند من ان تغيير قد جرى فى ارقام الوحدات السكنية بعد استلام المطعون ضده الاول لشقة التداعى بارادة هيئة الأوقاف المنفردة ولا يحاج به ، ودون ان يعن الحكم ببحث ماهية العين التى تم تعاقد المطعون ضده الاول على شرائها من المطعون ضده الثانى وما اذا كان التسليم الذى تم يتفق مع التحديد المتفق عليه فى العقد ام لا ودفاع الطاعن من ان خطأ ماديا وقع فى تسليم المبيع بموجب المحضر المقضى بصحته ونفاذه وطلبت الهيئة البائعة تصحيحه ، مع ان من شأن بحثه ان يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فان الحكم المطعون فيه يكون قد جاء قاصر التسبيب معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب0(الطعن رقم 1737 لسنة 57 ق- جلسة 12 / 4/ 199)

مؤدى نص المادة 435 من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- ان تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل مع اعلام المشترى ان المبيع وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصراه ولم يستول المشترى على المبيع استيلاء ماديا ، فإذا تم التسليم على هذا الوجه انقضى التزام البائع به وبرئت ذمته منه .(الطعن 3539 لسنة 58 ق جلسة 1990/6/19)

مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدنى ان عقد البيع ولو لم يكن مسجلا ينقل الى المشترى جميع الحقوق المتعلقة بالبيع والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها0 ومطالبته بالريع 0 واذ التزم الحكم المطعون فيه بهذا النظر وقضى بالزام الطاعن بالريع وطرده من أرض النزاع وتسليمها الى المطعون ضدهن الثلاث الأوليات فان النعى بهذا السبب يكون على غير اساس . (الطعن رقم 223 لسنة 57 ق - جلسة 22/ 11/ 1990 ، الطعن رقم 1646 لسنة 54 ق- جلسة 20/ 4/ 1988)

مفاد نص المادة 435 من القانون المدنى ان تسليم المبيع يتم وضعه تحت تصرف المشترى يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل مع اعلام المشترى ان البيع قد وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصراه ، ولو لم يستول المشترى على المبيع استيلاء ماديا فيكفى لتمام التسليم مجرد تغيير النية سواء باتفاق او بتصرف قانونى مجرد كأن يظل البائع حائزا المبيع باعتباره مستأجرا ويعتبر التسليم فى هذه حكميا او معنويا ، كان ذلك وكان الحكم الأبتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد استخلص سائغا الادلة المطروحة عليه ان مورث المطعون عليهم ومن بعده ورثته يضعون اليد بصفتهم مستأجرين للأطيان التى اشتراها الطاعن وهو ما كان مطروحا على المحكمة مما يوجب ان تقول كلمتها فيه واذ قضى باجابة الطاعن الى تسليمه الاطيان المباعة على ان يكون التسليم حكميا فإنه يكون وافق صحيح القانون . (الطعن 1747 لسنة 58 ق جلسة 20 /1991/1)

التسليم اثر من آثار عقد البيع باعتباره التزاما يقع على عاتق البائع سجل العقد او لم يسجل ما لم يكن التسليم غير ممكن لتعلق ملكية العين المبيعة لشخص آخر ، فإذا أنتهى الحكم الأبتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه الى القضاء بالتسليم كأثر من آثار عقد البيع 0 ومن ثم فلا مجال بعد ذلك لأعمال احكام تزاحم المشترين بعقود مسجلة طالما لا ترد على محل واحد ويكون ما جاء بالحكم المطعون فيه من المفاضلة بين العقدين غير لازم لقضائه ، اذ يستقيم الحكم بدون -وهو لا يعدو ان يكون دعامة ناقلة ولمحكمة النقض ان تصحح ما شابها من خطأ. (الطعن 2498 لسنة 57 ق جلسة 1991/7/17)

اذا كان الثابت من الاوراق ان الطاعن اشترى عين النزاع من مورث المطعون ضدها الثانية بموجب عقد البيع العرفى المؤرخ 1972/10/2 المقضى بصحته ونفاذه فى الدعوى رقم 1215 لسنة 1976 مدنى 000 واثبت خبير الدعوى رقم 1001 لسنة 1979 مدنى 00 انه وضع يده على العقار منذ عقد شرائه سالف الذكر بما مفاده انتقال الحيازة القانونية لهذا العقار اليه، واذ استند المطعون ضده الأول فى طلب تسليمه العقار الى الاقرار العرفى المؤرخ 1959/11/7 الصادر من مورث المطعون ضدها الثانية (البائع للطاعن) والمطعون ضده الثالث والى عقد البيع العرفى المؤرخ 17/ 1967/3 الصادر من المطعون ضدها الرابعة ومن ثم يساوى الطرفان فى سند كل منهما ، ومع انتقال الحيازة القانونية للطاعن

فأن سبيل المفاضلة فى هذه الحالة 0 وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- بانتقال الملكية فعلا بتسجيل العقد او الأقرار او الحكم الصادر بصحتها ونفاذهما او التأشير على هامش تسجيل الصحيفة ، فإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بالتسليم للمطعون ضده الاول على سند من القول بان التسليم اثر من اثار حق الملكية بالنسبة للاقرار المؤرخ 1959/11/7 والتزام يقع على عاتق المطعون ضدها الرابعة بموجب العقد المؤرخ 1967/3/17 دون ان تنتقل الملكية له بأيهما فانه يكون فاسد الأستدلال وقد جره ذلك الى الخطأ فى تطبيق القانون0 (الطعن 801 لسنة 53 ق - جلسة 20/ 1984/5 س 35 ص 1370)

النص فى المادة 431 من القانون المدنى على ان " يلتزم البائع بتسليم المبيع المشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع ، يدل على ان محل التزام البائع بتسليم العين المبيعة التى كان عليها وقت البيع ، وهو فى الشئ المعين بالذات يكون بحسب اوصافه الأساسية المتفق عليها والتى تميزه عن غيره ، كما ان وقوع خطأ مادى فى التسليم فيما يتعلق بماهية المبيع لا يمنع البائع من طلب تصحيحه وفقا لما تقضى به المادة 123 من القانون المدنى0 لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك امام محكمة الاستئناف بان الشقة التى تسلمها المطعون ضده الاول بموجب المحضر المؤرخ 8 من يوليو سنة 1981 والمطلوب القضاء بصحته ونفاذه هى المقصودة برقم 8 والتى تعاقد الأول على شرائها وليست رقم 7 التى تعاقد المطعون ضده عليها طبقا للرسم الهندسى الذى أجريت وفقا له عملية القرعة والتعاقد مستدلا على ذلك بإقرار الهيئة البائعة له وبما أسفرت عنه المعاينة التى أجراها الخبير المنتدب من ان جميع الشقق فى جميع الادوارالتى تعلو شقة النزاع او تقع تحتها العامة للأنشاءات القائمة على التنفيذ والتسليم من ان الشقة التى تسلمها المطعون ضده الاول رقم 8 ، اذ انتهى الحكم المطعون فيه الى القضاء بتأييد الحكم الأبتدائى القاضى بصحة ونفاذ محضر التسليم سالف الذكر على سند من ان تغييرا قد جرى فى أرقام الوحدات السكنية بعد استلام المطعون ضده الاول لشقة التداعى بارادة هيئة الاوقاف المنفردة ولا يحاج به ، ودون ان يعن الحكم ببحث ماهية العين التى تم تعاقد المطعون ضده الاول على شرائها من المطعون ضده الثانى

وما اذا كان التسليم الذى تم يتفق مع التحديد المتفق عليه فى العقد ام لا ودفاع الطاعن من ان خطأ ماديا وقع فى تسليم المبيع بموجب المحضر المقضى بصحته ونفاذه وطلبت الهيئة البائعة تصحيحه ، مع ان من شأن بحثه ان يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فان الحكم المطعون فيه يكون قد جاء قاصر التسبيب معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون0(الطعن 1737 لسنة 57 ق جلسة 1990/1/12)

قاعدة الهلاك على المالك انما تقوم اذا حصل الهلاك بقوة قاهرة اما اذا نسب الى البائع تقصير فإنه يكون مسئولا عن نتيجة تقصيره0(الطعنان رقما 379 ، 382 س 22 ق جلسة 28/ 6/ 1956 س 7 ص 767)

متى كان النزاع قد دار بين الطرفين امام محكمة الموضوع على أمر واحد هو مقدار كمية الحديد التى تم عليها التعاقد ولم يتمسك المشترى صراحة لدى تلك المحكمة بالمطالبة بقيمة العجز الذى يدعيه فإنه لا يكون هناك محل لأثارة الجدل بشأنه أمام محكمة النقض0 (الطعن رقم 231 من 23 ق جلسة 54/16/ 1957 س 8 ص 479)

التعهد بالتوريد ليس عقدا قائما بذاته ولكنه يكون التزاما يتضمنه عقد آخر من العقود المبينة فى القانون كعقد البيع وفيه يتعهد البائع بتسليم المبيع(أو بتوريده) فى المكان والزمان المتفق عليهما فى العقد0 (الطعن رقم 220 سنة 23 ق جلسة 27/ 6/ 1957 س 8 ص 643)

متى كانت محكمة الموضوع اذ عرضت فى اسباب الحكم لبحث مدى قيام كل من الطرفين بالتزامات عقد البيع بدأت بحث التزام البائع بالتسليم وانتهت الى انه عرض على المشترى المبيع عرضا حقيقيا ونفت عنه شبهة التقصير فى الوفاء بهذا الالتزام ثم عرضت لألتزام المشترى بدفع الثمن فسجلت عليه تخلفه عن الوفاء بهذا الألتزام المقابل على الرغم من عرض المبيع عليه عرضا حقيقيا ، فإنه يكون غير منتج النعى على الحكم بأنه يجب الوفاء بالألتزامين فى وقت واحد ويكون غير صحيح القول بان محكمة الموضوع رتبت على تقصير المشترى فى الوفاء بالتزامه اعفاء البائع من الوفاء بالتزامه المقابل.(الطعن رقم 95 سنة 24 ق جلسة 1958/3/13 س 9 ص 204)

إذا كان الثابت ان زيد أباح لعمرو فى عقد البيع الصادر منه اليه حق تحويله الى الغير بدون موافقته ، وان بكرا اعتمد فى طلب تسليمه العين موضوع الدعوى على أنه اشتراها من عمرو وعلى ان زيدا تعهد فى العقد الصادر منه الى عمرو بتسليمه العين ثم لم يف بهذا التعهد ، وقضت المحكمة بتسليم العين الى بكر ، فإنه لا تكون قد خالفت القانون ، ذلك بأن عقد البيع ينقل الى المشترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به ومنها حق البائع له فى تسلم المبيع من البائع السابق ، وهذا الأثر يترتب على عقد البيع حتى ولو لم يكن مسجلا باعتباره من الحقوق الشخصية التى تتولد عنه0 (جلسة 27/ 1951/12 طعن رقم 75 سنة 20 ق)

متى كان عقد الايجار منصوصا فيه على ان كل ما يحدثه المستأجر فى الاعيان المؤجرة من اصلاحات او انشاءات يكون ملكا للمؤجر ، ثم باع المؤجر هذه الاعيان ، فكل الحقوق التى كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات البيع فتنتقل بحكم القانون المشترى وتبعا لذلك للمشترى حق مطالبة المستأجر بتعويض الضــرر الناتج عن فعله غير المشــروع بتلك الاعيان (جلسة 1951/11/22 طعن رقم 187 سنة 19 ق)

اذا كان الحكم بإزالة البناء الذى أقامه المدعى عليه فى الأرض التى اشتراها مؤسسا على ان المشترى اذ قبل شراء الأرض مثقلة بحق ارتفاق مطل محكوم به فى مواجهة البائع فقد التزم (التزاما شخصيا) بالامتناع عن التعرض لمن تقرر له حق الارتفاق ، فهذا الحكم يكون موافقا القانون ولا يصح الطعن فيه بمقوله انه اذ اعتبر الحكم الذى قرر حق الارتفاق فى مواجهة البائع حجة على المشترى رغم عدم تسجيله قد خالف نص المادة الثانية من قانون التسجيل. (جلسة 13/ 1/ 1949 طعن رقم سنة 18 سنة ق)

متى كان الواقع فى الدعوى هو ان الطاعن باع الى المطعون عليه كمية من الصاج المستعمل وفق عينه موجودة تحت يد المشترى ومختومة من الطرفين على ان يتم تسليم الكمية المبيعة فى ظرف اسبوع واحد يبدأ من تاريخ التعاقد والتزم الطاعن فى العقد بأن يسلم المطعون عليه فاتورة الشراء حتى يتسنى له بها الحصول على اذن يسلم المطعون عليه فاتورة الشراء حتى يتسنى له بها الحصول على اذن التصدير واتفق كذلك فى العقد على انه اذا تأخر الطاعن عن التسليم فى ظرف المدة المحددة أو إذا رفض المطعون عليه التسليم يلزم الطرف الآخر بدفع تعويض

وكان الحكم إذ قضى بالزام الطاعن بأن يدفع الى المطعون عليه مبلغ التعويض ومقدم الثمن والفوائد القانونية من تاريخ المطالبة الرسمية حتى الوفاء قد أسس قضاءه على أن الطاعن هو الذى نكل عن الوفاء بالتزامه وأن ما أصاب المطعون عليه من ضرر ثابت من خطابات فتح الاعتماد الدالة على أنه تعاقد مع تاجر فى الخارج على أن يورد له كمية الصاج التى اشتراها من الطاعن وكان هذا الأخير قد تمسك بأن العقد لا يلزمه بأن يكون الصاج الذى يسلمه الى المطعون عليه من مخلفات الجيوش المتحالفة وأنه من ذلك كان له أن يسلم الكمية المبيعة من الصاج المحلى وان المطعون عليه إذ استبان ان تصدير الصاج المحلى ممنوع أخذ يراوغ فى تسلم الصاج الذى اعده هو وكان الحكم لم يقطع صراحة فى أن الصاج المتعاقد عليه كان من مخلفات الجيوش المتحالفة وهو امر يدور عليه وجه الفصل فى الدعوى فإنه يكون قد عاره قصور يستوجب نقضه . (جلسة 1952/4/19 الطعن رقم 106 سنة 19ق) .

التعرف على تاريخ تسلم المشترى للمبيع هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى اقام قضاءه على أسباب سائغة لها معينها فى الأوراق . (الطعن 1196 لسنة 52ق جلسة 1990/2/1) .

وضع المبيع تحت تصرف المشترى الأمر الذى يتحقق به التسليم طبقا لنص المادة 435 من القانون المدنى – يشترط فيه أن يكون بحيث يتمكن المشترى من حيازة المبيع والانتفاع به . (الطعن رقم 40 لسنة 25ق جلسة 1959/6/25 س10 ص499) .

تنص المادة 240 من التقنين المدنى على أنه " إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقا لها ومؤدى ذلك أن يقع على عاتق البائع الالتزام بتسليم شئ مطابق للعينة المتفق عليها ، فإذا لم يف بهذا الالتزام لم يكن له أن يطالب المشترى بأداء المقابل وهو الثمن . (الطعن رقم 222 لسنة 25ق جلسة 1959/10/15 س10 ص567) .

تنص المادة 34 من القرار الوزارى رقم 81 لسنة 1942 الخاص بتنظيم التعامل بالجملة فى سوق البصل بالاسكندرية على أنه " تحصل المزايدة فى كل رسالة بالمكان الذى توجد غيه على اساس العينات التى تستخرج طبقا لأحكام هذا القرار " . ولا يتأدى من ذلك النص أن المبيع وقد أصبح معلوما للمشترى بمعاينته إياه فإنه يمتنع عليه بعد ذلك إدعاء أن البيع كان بيعا بالعينة ذلك أنه وإن كان المشترى يعتر عالما بالمبيع علما كافيا باطلاع على العينة الا أنه يتحتم مطابقة محتويات الرسالة أو الرسائل للعينات المستخرجة منها . فإذا تبين عدم مطابقتها لها كان المشترى فى حل من الوفاء بالتزامه بالثمن . (الطعن رقم 222 لسنة 25ق جلسة 1959/10/15 س10 ص567) .

مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشترى من تاريخ ابرام المبيع فيمتلك المشترى الثمرات من وقت تمام العقد وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف يستوى فى بيع العقار أن يكون مسجلا أو غير مسجل . لما كان ذلك فإنه يكون لمورث المطعون ضدهم الثمانية الأول الحق فى تملك ثمرات العقار المذكور منذ تاريخ شرائه له حتى انتقال ملكيته الى الطاعنين ولا يكون للآخرين طلب الزامهم بدفع الريع عن تلك الفترة ، ومن ثمن يكون الحكم المطعون فيه صائبا إذ التزم هذا النظر . (الطعن 1196 لسنة 53 ق جلسة 1990/2/1) .

لما كان من آثار عقد البيع – تطبيق لنص الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدنى ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن تنتقل منفعة المبيع الى المشترى من تاريخ ابرام العقد ، فيكون له حق ملكية الثمرات والثمار فى المنقول والعقار على سواء ما دام المبيع شيئا معينا بالذات – من وقت تمام العقد ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرض أو نص مخالف ويستوى فى بيع العقار أن يكون مسجلا او غير مسجل ، لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع الى المشترى ولو لم يسجل العقد . (الطعن 2531 لسنة 52 ق جلسة 1987/6/23) .

مؤدى نص المادة 435 من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيبازته والانتفاع به بغير حائل مع اعلام المشترى أن المبيع قد وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى ، بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصراه ولو التزام البائع له وبرئت ذمته منه – لما كان ذلك وكانت الجهتان الطاعنتان قد تمسكا بسبق تنفيذهما التزامهما بتسليم الأطيان المبيعة الى المطعون ضده واخطرتا المستأجرين بالوفاء بالأجرة اليه ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف على قوله " أن الجهة المستأنفة قد وأوفت بالتزامها بتسليم المبيع الى المستأنف عليه – المطعون ضده – بموجب محضر تسليم مؤرخ 1963/7/31 إلا أنه لا يضير تلك الجهة مطالبة المستأنف عليه بصدور حكم التسليم طالما أنه لم يطلب التسليم بغير الحالة التى تم الاتفاق عليها عند التعاقد "

. وكان مؤدى ذلك أن الحكم المطعون فيه جعل للمشترى الحق فى مطالبة البائع بتسليم المبيع بالرغم من انقضاء هذا الالتزام وبراءة ذمة البائع منه فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه . (الطعن 1425 لسنة 56ق جلسة 1988/1/29) .

يلتزم البائع – وعلى ما جرى به نص المادة 431 من القانون المدنى – بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت و البيع ويظل التزامه بالتسليم قائما ما دام عقد البيع ويجرى تنفيذه عينا متى كان ممكنا . (الطعن رقم 1596 س 50ق جلسة 1984/5/24) .

أن مخالفة قرار اعتماد التجزئة لقوانين المبانى وقيود المبانى وصيرورة مبانى الطاعن – البائع – المقامة من قبل البيع على الأرض المجاورة مخالف ذلك لتلك القوانين نتيجة تسليم الأرض المباعة الى المطعون ضده – المشترى – وبفرض صحة ذلك – لا تنال من سلامة عقد البيع ولا تتيح للطاعن التحلل من التزامه بتسليم المبيع كاملا ، إذ يظل تنفيذ هذا الالتزام عينيا ممكنا . (الطعن رقم 1596س 50ق جلسة 1984/5/24) .

أنـــــواع البطـــلان

البطـــلان المطلـــق

التعريف بالبطلان المطلق :

البطلان المطلق هو الجزاء المترتب على عدم توافر شروط الانعقاد ، وتدخل فيها الشروط الخاصة بالشكل فى العقود الرسمية . (عبد الحميد الشواربى ص1847 ، مرجع سابق)

ومن هذا التعريف يمكننا معرفة أسباب البطلان وهى :

أولها : تخلف الشكل فى العقد الشكلى مع ملاحظة انه مادام الشكل من صنع القانون فهو الذى يعين الجزاء الذى يراه كافيا على الإخلال به فقد يتيح إجازته أو استكماله ، وثانيها : انعدام احد أركان العقد الثلاثة وهى الرضا والمحل والسبب ، وثالثتها : تخلف احد شروط اعتبار احد هذه الأركان الثلاثة ، وهذه الشروط هى بالنسبة إلى الرضا التمييز ، وبالنسبة إلى المحل الوجود والامكان والتعيين والمشروعية ، وبالنسبة إلى السبب المشروعية فإذا اختل احد هذه الشروط كان العقد باطلا بطلانا مطلق . (كمال عبد العزيز ص853 ، مرجع سابق)

البطلان المطلق يقع بقوة القانون :

يعتبر العقد باطلا ، ولا يترتب عليه اثر من وقت إبرامه ، ولا يشترط أن يصدر حكم بالبطلان ، ولكن إذا طرأ خلال بين أولى الشأن ، وطرح الأمر فى شأن العقد أمام المحكمة ، فان الدعوى ترفع ، لا بطلب البطلان ، لأن العقد باطل بحكم القانون ، بل بطلب رد ما نفع تنفيذا للعقد الباطل ، والقاضى فى الوقت نفسه يقرر البطلان ويأمر برد ما دفع بناء على هذا العقد . (عبد الحميد الشواربى ص 1849 ، مرجع سابق).

لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان :

فمادام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوما وليس ثمة محل للتفريق بين العقد الباطل والعقد المعدوم ، فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ولو لم يكن طرفا فى العقد .

البطلان المطلق لا ترد عليه الإجازة أو النزول الصريح أو الضمنى :

فقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا كانت الدعوى بطلب تخفيض الأجرة مبناها بطلان الاتفاق على أجرة تزيد عن الحد الأقصى - المقرر بالقانون 121 لسنة 1947 - وكان هذا البطلان على ما يبين من نصوص التشريع الاستثنائى بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام فإن من حق المستأجر رفع دعواه بالتخفيض فى أى وقت أثناء قيام العلاقة التأجيرية أو بعدها مهما طالت الفترة الفاصلة بين بدء التأجير وبين رفع الدعوى طالما لم يسقط الحق بالتقادم ، ولا يصح اعتبار سكوته مدة من الزمن نزولا منه عن الحق المطالب به لان هذا النزول صراحة أو ضمنا يقع باطلا ولا يعتد به (1977/1/19 طعن 573 لسنة 42 ق - م نقض م - 28 - 261 - ويراجع فى نفس المعنى 2002/4/8 طعن 2415 سنة 70ق) وبأنه " التنازل عن الطعن فى ماهية عقد البيع الوفائى لا يقبل بعد صدور حكم نهائى ببطلانه لإخفائه رهنا كما أن هذا التنازل يتضمن إجازة لعقد باطل بطلانا مطلقا فلا يعتد به ولان العقد الباطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم "(1967/4/27 طعن 58 لسنة 34 ق - م نقض م - 18 - 918)

لا يزول البطلان بالتقادم :

أى أن العقد الباطل بطلانا مطلق لا يتصور أن يرد عليه التقادم فالعقود الباطلة بالتقادم ، فإذا رفعت دعوى بناء على العقد الباطل فإن للمدعى عليه أن يتمسك دائما بالبطلان مهما مضى من الزمن على العقد . (عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق)

فإن لم يتم التمسك بهذا البطلان خلال خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد ، سقطت دعوى البطلان فلا تسمع ، وليس مفاد ذلك أن ينقلب العقد صحيحا بل يظل على سيرته الأولى باطلا وفى حالة الاستناد إليه فى دعوى فإنه يجوز الدفع ببطلانه حتى لا يصدر الحكم وفقا له وهذا الدفع لتعلقه بعقد باطل بطلانا مطلقا لا يسقط أبدا ولو انقضت المدة المقررة لسقوط دعوى البطلان ذلك أن الدفوع لا يرد التقادم عليها .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " لما كان القانون المدنى قد نص فى المادة 141 على أنه " 1- إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة . 2- وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد " ، وكان النص فى المشروع التمهيدى يقتصر على الفقرة الأولى وحدها وينتهى بعبارة ، وهذا البطلان لا تلحقه الإجازة ولا يزول بالتقادم ، ثم رأت لجنة المراجعة إضافة الفقرة الثانية لتكون نصها ، وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد دون الدفع به) ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت عبارة " دون الدفع به " لأنه من المبادئ الأساسية المسلم بها أن الدفوع لا تسقط بالتقادم ومن ثم لم تر اللجنة محلا لإيراد هذه العبارة لان وضعها يثير شبهة أن الدفوع قد تسقط ، ومن المجمع عليه أن العقد الباطل عدم ، فلا وجود له ولا تصححه الإجازة ولا التقادم مهما طال الزمن وهو ما كان يقتضى إلا تسقط دعوى البطلان بالتقادم ولكن مع صراحة النص وجب التزامه واستقر الرأى على أن ما يوجبه النص هو مجرد نهى عن سماع دعوى البطلان الصريحة فيبقى لصاحب المصلحة الحق فى تجاهل وجود العقد الباطل مهما مضى عليه الزمن ويبقى حق المحكمة فى أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها " (نقض 2002/4/8 طعن 2415 س 70ق) وأنه " متى كانت الطاعنة قد اقامت دعواها بالبطلان تاسيسا على ان عقد البيع الصادر من مورثها الى المطعون عليه هو فى حقيقته عقد بيع وفاء وانه باطل بطلانا مطلقا عملا بنص المادة 465 من القانون المدنى ، وتمسك المطعون عليه أمام محكمة الاستئناف بتقادم هذه الدعوى بمضى اكثر من خمس عشرة سنة من تاريخ العقد ، وإذا كان القانون المدنى القائم قد استحدث فى الفقرة الثانية من المادة 141 منه النص على سقوط دعوى البطلان المطلق بمضى هذه المدة بعد صدور العقد الباطل ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه فى الدعوى على هذا الأساس فإن عليه – بأن البطلان المطلق لا يرد عليه التقادم – يكون فى غير محله " (نقض 1975/11/25 طعن 136 س41ق) وبأنه " المقرر انه ولئن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمسة عشر عاما إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط أبدا ، ذلك أن العقد الباطل يظل معدوما فلا ينقلب مع الزمن صحيحا ، وإنما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد مضى المدة الطويلة ، أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد ، فلا تجوز مواجهته بالتقادم ، لأنه دفع والدفوع لا تتقادم " (نقض 1994/4/13 طعن 2911 س 59 ق)

وبأنه " وإن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة الا ان الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم ابدا ذلك ان العقد الباطل يظل معدوما فلا ينقلب مع الزمن صحيحا وإنما تتقادم الدعوى به فلا نسمع بعد مضى المدة الطويلة أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم لأنه دفع والدفوع لا تتقادم فإدا كان الحكم قد انتهى الى بطلان سند الدين بطلانا مطلقا فان ذلك يكفى لتقرير نتيجته اللازمة قانونا وهى عدم تقادم الدفع بهذا البطلان بغير حاجة إلى الإشارة إلى ذلك صراحة أو للرد على ما يتمسك به الدائن فى هذا الصدد " (نقض 1957/4/11 س 8 ص 404)

العقد الباطل لا يعيد سببا صحيحا فى التملك بالتقادم :

فلا يعتبر العقد الباطل بطلانا مطلقا سببا صحيحا فى التملك بالتقادم القصير ، لان الباطل لا ينبنى عليه حكم .

البطــلان النسبـــى

التعريف بالبطلان النسبى :

البطلان النسبى هو الجزاء المترتب على عدم توافر شروط صحة التصرف .

والبطلان النسبى هو ما يجعل العقد قابلا للإبطال ، ومتى توافر هذا النوع من البطلان ، فإنه لا يجوز التمسك به إلا لمن شرع لمصلحته ولخلفه العام كالوارث والموصى له بحصة شائعة فى التركة ويتم التمسك بالبطلان فى هذه الحالة عن طريق الدعوى المباشرة أو عن طريق الدفع . (أنور طلبة ص615 ، مرجع سابق)

أسباب البطلان النسبى :

ويرجع السبب فى إبطال العقد إلى نقص فى الأهلية أو إلى عيب من عيوب الرضا كالغلط أو تدليس أو استغلال أو إلى نص فى القانون كما فى بيع ملك الغير ، فيقتصر طلب البطلان على ناقص الأهلية ومن شاب إرادته عيب مما تقدم وعلى المشترى فى بيع ملك الغير وعلى دائنى هؤلاء وخلفائهم على نحو ما تقدم ، وقد يثبت الحق فى طلب البطلان لكل من المتعاقدين وذلك عندما يتوفر لدى كل منهما سبب من الأسباب المتقدمة ، بأن يكون كل منهما ناقص الأهلية ويجوز التمسك بالبطلان فى أية حالة تكون عليها الدعوى أمام محكمة الموضوع طالما كان الحق فى ذلك لم يسقط بالتقادم وفقا للمادة 140 ولكن لا يجوز للمحكمة أن تقضى بإبطال العقد من تلقاء نفسها . (أنور طلبة ، مرجع سابق)

العقد الباطل بطلان نسبى يكون صحيحا بداية :

فالعقود الباطلة بطلانا نسبيا تكون صحيحة بادئ ذى بدئ ، وتترتب عليها النتائج القانونية حتى يقضى ببطلانها ولذلك يقال للعقد أنه قابل للإبطال ، لا باطل ، ولكن متى قضى بالبطلان فإن أثره يرجع إلى وقت العقد ، أى أن له أثرا رجعيا ، فيقضى على العقد وعلى كل الآثار التى ترتبت عليه . (عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق)

لا يتمسك البطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته :

لا يجوز أن يتمسك بالبطلان النسبى إلا طرف من أطراف العقد وهو الطرف الذى شرع البطلان لمصلحته ، بيد أن عبء إثبات البطلان يقع دائما على عاتق من يتمسك به. (أنور طلبه ، مرجع سابق ص615)

أى أن دعوى البطلان لا ترفع إلا ممن شرع البطلان فى مصلحته ، كالقاصر أو من فسد رضاؤه ، أما بالنسبة إلى غيره من ذى المصلحة فى العقد فإن العقد يكون نافذا صحيحا ، ولذلك يقال لهذا النوع من البطلان ، البطلان النسبى ، ولكن يلاحظ انه متى قضى بالبطلان فإن العقد يعتبر كأنه لم يحصل كما تقدم فيجوز إذن لكل ذى مصلحة أن يعتمد على لك . (عبد الحميد الشواربى ص1853 ، مرجع سابق)

إجازة العقد الباطل بطلانا نسبيا :

تنص المادة 139 من القانون المدنى على أن " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير .

والإجازة تصرف قانونى من جانب واحد ، فتنتج أثرها بمجرد التعبير عنها صراحة أو ضمنا وتصبح ملزمة لمن صدرت منه فلا يجوز له العدول عنها ، ولا يعتد بالإجازة إلا فى تاريخ لاحق لزوال العيب اى بعد بلوغ القاصر سن الرشد أو ارتفاع عيب الغلط أو الإكراه أو التدليس ، ولكن ليس لها ميعاد يتعين إبداؤها فيه من ذلك التاريخ ومن ثم يجوز إبداؤها حتى فوات المدة المسقطة لدعوى الإبطال . (حجازى بند 474)

إجازة العقد قد تكون صريحة آو ضمنية :

فقد قضت محكمة النقض بأنه " إجازة العقد قد تكون صريحة أو ضمنية ، ومن ثم فى تثريب على محكمة الموضوع إذا استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية استخلاصا سائغا من وقائع الدعوى ومستنداتها إجازة الطاعنة لعقد القسمة إجازة ضمنية بعد بلوغها سن الرشد من توقيعها كشاهدة على عقود البيع الصادرة من بعض المتقاسمين الآخرين ولا تعدو المجادلة فى ذلك أن تكون جدلا موضوعيا لا تقبل أثارته أمام محكمة النقض " (1962/5/3 طعن 449 لسنة 26ق – م نقض م – 13- 595)

وبأنه " إذا كان الحكم قد اثبت ان احد الطاعنين فى عقد قد اقر بصحة هذا العقد بتوقيعه محضر حصر تركة المورث المحرر على أساس هذا العقد فلا يكون له من بعد أن يطعن فى هذا العقد حتى ولو فرض أنه وصية لأنه بتوقيعه محضر الحصر يكون قد أجازه ويكون طعنه بالنقض فى الحكم الصادر بصحة التصرف غير منتج " (1947/1/2 – م ق م – 43 – 1209)

وحتى تكون الإجازة منتجة لأثرها فى إسقاط حق التمسك بالإبطال ، يجب أن تكون تعبيرا عن إرادة سليمة غير مشوبة بنفس عيب التصرف المراد إجازته ، أو بعيب أخر ، وأن يكون المجيز على بينة من العيب الذى ينزل عن حق التمسك به ، فلا تصح الإجازة من فاقد الأهلية قبل بلوغه سن الرشد ولا تؤتى أثرها إن صدرت عن غلط أو عبر الشخص عنها تحت تأثير الإكراه أو تحت تأثير الطيش أو الهوى الجامح الذى دفعه إلى قبول الغبن فى التصرف المراد إجازته . (جميل الشرقاوى ص238 ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " الإجازة تصرف قانونى يتضمن إسقاطا لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية ، وإذن فمتى كان الحكم إذ اعتبر إجازة القاصر للبيع الصادر منه منعدمة الأثر قانونا قد أقام قضاءه على أن هذه الإجازة إنما صدرت من القاصر بعد قرار المجلس الحسبى باستمرار الوصاية عليه ، فإن النعى على الحكم الخطأ فى تطبيق القانون يكون غير صحيح ، ولا محل للتحدى بعدم نشر قرار استمرار الوصاية فى الجريدة الرسمية ، وفقا لما كانت تقضى به المادة 30 من اللائحة التنفيذية لقانون المجالس الحسبية ، إذ ليس من شأن إغفال النشر أن يكون لمن صدرت لمصلحته الإجازة أن يدعى صحتها : أولا : لأن الإجازة ، وهى إسقاط لحق تصرف من جانب واحد لا يشارك فيه الغير فليس له التحدى بنصوص يدعى أنها وضعت لحماية الغير فى التعامل ، وثانيا : لأن قرارات المجالس الحسبية الصادرة فى ظل المرسوم بقانون الصادر فى 13 من أكتوبر سنة 1925م بالحجر او باستمرار الوصاية تحد من أهلية المحجور بمجرد صدورها ولا يتراخى هذا الأثر قبل الغير حتى يقوم الوصى أو القيم بنشر القرار فى الجريدة الرسمية وفقا لما يفرضه نص المادة 30 من القرار الوزارى الصادر فى 24 من نوفمبر سنة 1925 " (نقض 1955/2/1 طعن 197 س18ق) وبأنه " متى كان القاصر بعد أن بلغ سن الرشد قدم مذكرة تتضمن موافقته على الحكم الابتدائى برد العين المبيعة وفائيا إليه والى باقى الورثة وبطلب تأييده فإنه لا يكون غير منتج التمسك بأن الوصى قد طلب الاسترداد باسم القاصر وهو لا يملك هذا الحق إذ فى موافقة القاصر على الحكم إجازة لعمل الوصى " (نقض 1954/12/2 طعن 123 س21ق)

شـــروط الإجـــازة :

هناك ثلاثة شروط تستلزم فى الإجازة لكى تكون صحيحة سواء أكانت صريحة أو ضمنية وهى :

أن تكون حاصلة برغبة المتنازل وهو عالم بوجود العيب فى العقد .

أن يكون السبب الذى استوجب البطلان قد انقضى ، كان يكون الإكراه قد انتهى ، والغلط أو الغش قد كشف ، ومن كان ناقص الأهلية قد أصبح تامها .

أن يكون المتنازل ذا أهلية بالنسبة إلى العقد الذى يجيزه . (عبد الحميد الشواربى ص1874 ، مرجع سابق)

الإجازة لا تصح إلا ممن يملكها قاصدا إجازة القصد القابل للإبطال :

فقد قضت محكمة النقض بأنه " الإجازة التى تصحح العقد القابل للإبطال هى التى تضرر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذى يشوب العقد وان يكون قاصدا إجازته ، وإذن فمتى كان الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يدع صدور إجازة مستكملة لهذه الشروط القانونية بل اكتفى بالقول بان مجرد توقيع المطعون عليها الأولى على محضر الجرد يفيد إجازتها للعقد الصادر من مورثها بصفتها الشخصية وبصفتها وصية على ابنتها القاصر ، وكان تمسك الطاعن بالإجازة استنادا إلى هذه الواقعة غير منتج ذلك أن المطعون عليها ما كانت تملك إجازة العقد بصفتها وصية دون إذن من المجلس الحسبى كما أن مجرد توقيعها على محضر الجرد لا يفيد أنها كانت تعلم بأن العقد الصادر من مورثها صدر منه وهو قاصر وأنها أرادت من التوقيع إسقاط حقها فى الطعن على العقد فان الحكم المطعون فيه إذ لم يتعرض لبحث هذا الدفاع لا يكون باطلا " (1953/11/26 م ق م – 45 838) وبأنه " مفاد نص المادتين 39 ، 78 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 فى شأن الولاية على المال أن القيم على المحجور عليه شأنه شأن الوصى على القاصر لا يملك إجازة العقد (عقد البيع) القابل للإبطال ضمنا ، لان هذه الإجازة باعتبارها من إعمال التصرف لا تكون إلا بناء على إذن من محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال . لما كان ذلك ، وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه .. اعتبر سكوت الطاعن (القيم) مدة طويلة عن طلب إبطال العقد الصادر من محجورة بمثابة إجازة ضمنية له ، فانه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون " (1987/1/14 طعن 1261 سنة 52 ق – م نقض م – 38 – 98)

أثـــر الإجـــازة :

يترتب على الإجازة زوال حق المجيز فى التمسك بالعيب المبطل للتصرف والذى انصرف قصد المجيز إلى النزول عن حق التمسك به .

وتنص المادة 2/139 مدنى مصرى على أن الإجازة تستند إلى التاريخ الذى تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير ، وهذا النص يقرر ما يسمى بالأثر الرجعى للإجازة ، اى تصحيحها التصرف منذ إبرامه ، لا منذ النزول عن حق التمسك بعيبه ، بالإجازة ، ولكن فكرة الأثر الرجعى هذه تبدو غريبة على معنى الإجازة ، فالكلام عن الأثر الرجعى قد يوحى بأن أثر الإجازة يصور على أنه تصحيح التصرف من وقت حدوثها ، مع أن الإجازة لا تأتى بحال جديدة للتصرف ، وإنما هى تؤكد حالته القائمة ، أى يقتصر أثرها على بيان أن صحته القائمة يجب ألا تكون موضع شك ، مما يعنى أن يكون التصرف المجاز ، فى نفاذه وفى ترتيب آثاره ، كأى تصرف لم يقم أى شك فى صحته منذ البداية .

ويترتب على اعتبار الإجازة تأكيدا لصحة التصرف منذ إبرامه ، أن آثار هذا التصرف المجاز ، ومنذ إبرامه ، هى التى تحدد حقوق المتصرف الذى كان له الحق فى أن يختار الإبطال بدلا من الإجازة ، وكذا حقوق خلفه ودائنيه ، ولكن المادة 2/139 تقضى فى نهايتها بأن الإجازة ، رغم أثرها الرجعى ، لا تضر بالغير . (جميل الشرقاوى ص240 مرجع سابق) .

والغير هو من تلقوا بسبب خاص حقا عينيا على العين محل العقد ممن صدرت منه الإجازة قبل حصول تلك الإجازة ، إذا كانت الإجازة تسقط هذا الحق او تنقصه ، فيعتبر أنه نزل عن حقه فى الطعن فى العقد وحرم نفسه حق إجازته .

فلا يعتبر من الغير الدائنون العاديون وإنما يعتبر من الغير المشترون والموهوب لهم والدائنون المرتهنون . (عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق)

سقوط الحق فى البطلان النسبى بالتقادم :

نصت المادة 140 من القانون المدنى على أن "يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات .

ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقض الأهلية ، من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس ، من اليوم الذى ينكشف فيه وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه ، وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد .

وعلى ذلك إذا انقضت مدة التقادم يصبح العقد صحيحا ، فلا يجوز بعد انقضائها طلب إبطاله ، وللتقادم اثر رجعى ، كما هو الأمر بالنسبة إلى الإجازة ، ولكنها يجب أن يلاحظ أن هناك فرقا بين الحالتين فيما يتعلق بحقوق الغير ، فإذا زال البطلان بالإجازة وأصبح العقد صحيحا فلا تضر الإجازة بحقوق الغير ، أما إذا زال البطلان بالتقادم فقد تتأثر حقوق الغير . (عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق)

والمدة التى ينعدم البطلان النسبى بانقضائها فهى خمس عشرة سنة من تاريخ إنشاء العقد ، أو ثلاث سنوات من تاريخ زوال نقص الأهلية أو تبين الغلط أو التدليس أو انقطاع سلطان الإكراه .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " النص فى المادة 140 من القانون المدنى يدل على انه فى العقد القابل للإبطال يسقط الحق فى طلب إبطاله بانقضاء مدة ثلاث سنوات دون التمسك به من صاحبه ، ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يستكمل فيه ناقص الأهلية أهليته ، ولا يجوز فى هذه الحالة أن يكون وقت تمام العقد بدءا لسريان تقادم دعوى طلب إبطاله خلافا لأحوال الغلط والتدليس والإكراه التى يكون فيها التقادم بأقصر الأجلين إما بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو من يوم انقطاع الإكراه وإما بمضى خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد . (نقض 1989/12/28 طعن 1439 س51ق)

ومفاد ذلك أن تطبيق المادة 140 من القانون المدنى ينحصر فى حالات البطلان النسبى المقرر لناقص الأهلية والسفيه وذى الغفلة والمكره ومن ابرم العقد وشابت إرادته عيب من عيوبها كالغلط أو التدليس أو الإكراه . أما الحالات الأخرى التى يترتب عليها البطلان النسبى ، فتخرج عن نطاق تلك المادة ويخضع للنصوص الخاصة بها أن وجدت ، وإلا فإنه يخضع لنص المادة 141 من القانون المدنى ، وبالتالى يسقط الحق فى إبطال العقد بمضى خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد ، ويسقط الحق فى الإبطال للاستغلال بانقضاء سنة من تاريخ العقد عملا بالمادة129

فقد قضت محكمة النقض بأنه " الفقرة الأولى من المادة 466 من القانون المدنى تنص على انه اذا باع شخص شيئا معينا بالذات لا يملكه جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع وان المادة 485 من القانون المدنى تنص على انه يسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشئ الذى قايض به ومشتريا للشئ الذى قايض عليه ، كما حددت الفقرة الأولى من المادة 140 من القانون المدنى مدة سقوط الحق فى الإبطال فى حالات حددتها على سبيل الحصر وهى حالات نقص الأهلية والغلط والتدليس والإكراه بثلاث سنوات ، أما فى غير هذه الحالات ، فإن مدة تقادم الحق فى إبطال العقد – وعلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض – لا تتم إلا بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد " (نقض 1985/6/30 طعن 841 س51ق)

ليس للقاضى أن يقضى ببطلان العقود القابلة للإبطال من تلقاء نفسه :

إذا طلب البطلان فللقاضى النظر فى أسبابه ، فيقضى أو عدمه بحسب الأحوال ، ولكنه إذا وجد سبب البطلان قائما فليس إلا أن يقضى بالبطلان ، وليس له سلطة التقدير التى له فى حالة الفسخ . (عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق)

العقد الباطل بطلانا نسبيا يعتبر سببا صحيحا فى التملك بالتقادم :

فقد قضت محكمة النقض بأنه "وضع اليد المدة الطويلة أو القصيرة المكسب للملكية إذا توافرت فيه الشروط القانونية يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها إلا انه لا يصلح راد على الدعوى بإبطال العقد أو محو التسجيل إذ ليس من شانه مع فرض توافر شرائطه أن يمنع من القضاء ببطلان العقد موضوع الدعوى " (نقض 1993/10/28 طعن 1676 س59ق)

يترتب على إبطال العقد القابل للإبطال عودة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد :

ترتيب الأثر الرجعى لبطلان عقد البيع وان كان يقتضى اعتبار ملكية المبيع لم تنتقل من البائع الى المشترى بسبب العقد ، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكسب هذا المشترى أو الغير تلك الملكية بسبب آخر من أسباب كسب الملكية إذا تحققت شرائطه القانونية . (نقض 1964/12/3 طعن 20 س30ق)

أوجه الخلاف بين كل من البطلان المطلق والبطلان النسبى

مما تقدم يمكننا أن نحدد أوجه الخلاف بين نوعى البطلان على النحو التالى :

1- فى البطلان النسبى تقوم الحاجة إلى تقريره بحكم القضاء ، لان التصرف القانونى الباطل نسبيا ، يكون له وجود رغم بطلانه ، مما يوجد تقرير البطلان بحكم القضاء ، أما البطلان المطلق فشدته تعنى أن التصرف غير موجود ، مما يغنى عن طلب تقريره أمام القضاء ، وإن كانت الحاجة العملية تلجئ إلى رفع الدعوى به ، أو الدفع بالبطلان ، لرفض المطالبة بالالتزامات استنادا إلى التصرف الباطل .

2- التمسك بالبطلان المطلق يكون لكل ذى مصلحة ، أى لكل شخص يكسب حقا تؤثر فيه صحة التصرف أو بطلانه ، كما يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، أما البطلان النسبى فلا يتمسك به إلا من يتقرر البطلان لحمايته.

3- البطلان المطلق لا يمكن أن يزول بالنزول عن حق التمسك به ، أما البطلان النسبى فيقبل الإجازة ، التى ينقلب بها التصرف القابل للإبطال ، تصرفا صحيحا .

4- تختلف أحكام سقوط حق التمسك بنوعى البطلان ، بالتقادم بل أن بعض الفقه يذهب إلى عدم سقوط البطلان المطلق بالتقادم . (جميل الشرقاوى ، مرجع سابق)

أحكـام النقـض :

تقضى المادة 44 من قانون المحاماة رقم 96 لسنة 1957 بأنه لا يجوز للمحامى أن يتقاضى اجر ينسب إلى قدر أو قيمة ما هو مطلوب فى الدعوى أو ما يحكم به فيها ، وبصفة عامة لا يجوز له أن يعقد اتفاقا من شأنه أن يجعل له مصلحة فى الدعوى وان كل اتفاق من هذا القبيل يعتبر باطلا ، والبطلان فى هذه الحالة إنما ينصرف إلى تحديد قيمة الأتعاب المتفق عليها ولا يترتب ع ليه حرمان المحامى من الأتعاب مادام قد قام بالعمل الموكل فيه وإنما يكون على القاضى أن يستبعد التقدير المتفق عليه ويقوم هو بتقدير أتعاب المحامى وفقا لما يستصوبه . (نقض جلسة 1977/11/23 المكتب الفنى السنة 28 رقم 97 ص511)

بطلان شراء القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وأعوان القضاة الحقوق المتنازع عليها . م 471 مدنى . اعتبار الحق المبيع فيه ، حالاته قضاء محكمة الموضوع باعتباره كذلك خضوعه لرقابة محكمة النقض . (نقض جلسة 1982/5/20 المكتب الفنى السنة 23 رقم 101 ص561)

المطالبة بمقابل الانتفاع ليس مردها عقد الإيجار الاصلى أو عقد التأجير من الباطن طالما اعتبر كل منهما باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام ، الحقيقى المطالبة بالرعب لا يسقط إلا بالتقادم الطويل بمضى خمسة وعشرون عاما ومن ثم فان ما ينعاه الطاعن من سقوط الدين تأسيسا على التقادم الخمسى ولا انطباق له على واقعية الدعوى - يكون غير منتج مادام لم يدع احد بانقضاء المدة الطويلة . (نقض جلسة 1978/4/19 المكتب الفنى السنة 29 رقم 204 ص 1031)

الأصل أن القانون ألقى على كل متعاقد مسئولية رعاية مصلحته فى العقد والا أن المشرع لاحظ أن مركز المتعاقدين فى بعض العقد لا يكون متكافئا بحيث يخشى أن يتحكم احدهما وهو القوى فى الآخر الضعيف فيستغله أو يعنته بشروط قاسية فتدخل فى هذه الحالات رعاية الطرف الضعيف وحماية له ووضع قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بحيث يقع باطلا كل التزام يخرج عليها ويكون بطلانه مطلقا لا يزول أثره بالإجازة ولا يسقط بعد التمسك بل يجوز أن يحكم به القاضى من تلقاء نفسه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى ، ومن هذه الحالات ما عالجه المشرع فى المادة 44 من قانون المحاماة رقم 96 لسنة 1957 من نهى المحامى عن الاتفاق على مقابل ينسب إلى قدر لو قيمة ما هى مطلوب فى الدعوى أو ما يحكم به فيها ، ونهيه بصفة عامة عن كل اتفاق من شانه ان يجعل له مصلحة فى الدعوى - وقد جرى قضاء هذه المحكمة - باعتبار كل اتفاق من هذا القبيل باطلا . (نقض جلسة 1977/11/23 المكتب الفنى السنة 28 رقم 97 ص511)

تحقق الشرط الفاسخ - وهو أمر مستقل غير محقق الوقوع - يترتب عليه وفقا لحكم المادة 265 من القانون المدنى زوال الالتزام المعلق على هذا الشرط يكون قائما ونافذا فى فترة التعليق ولكمنه مهدد بخطر الزوال اذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إعمالا بما تقتضى به المادة 1/266 من القانون المدنى إلى بطلان الشرط الفاسخ لمخالفته للنظام العام وبقاء الالتزام بالدين قائما فإنه لا يكون قد خالف القانون . (نقض جلسة 1978/4/25 المكتب الفنى السنة 29 رقم 248 ص1112)

متى كان العقد قد تناول التصرف فى ارض كانت قد اكتسبت صفة المال العام قبل صدوره فانه يكون باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام وفى هذه الحالة لا يعذر المشترى الحائز بجهله عيوب سنده . (نقض جلسة 1967/4/27 المكتب الفنى السنة 18 رقم 135 ص879)

الاتفاق الذى ينطوى على التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه أو يؤدى إلى المساس بحق الإرث فى كون الإنسان وارثا أم غير وارث وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فى غيره هو اتفاق مخالف للنظام العام يعد تحايلا على قواعد الميراث فيقع باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة ويتاح إثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفا فى الاتفاق . (نقض جلسة 1967/11/21 المكتب الفنى السنة 18 رقم 261 ص 1736)

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الاتفاق الذى ينطوى على التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه أن يؤدى اى المساس بحث الإرث فى كون الإنسان وارثا أو غير وارث وكونه يستقل بالإرث أم يشاركه فيه غير وهو اتفاق مخالف للنظام العام إذ يعد تحايلا على قواعد الميراث فيقع باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة ويباح إثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفا فى الاتفاق . (نقض جلسة 1975/11/11 المكتب الفنى السنة 26 رقم 264 ص 1394)

أحكام الإرث وتعيين نصيب كل وارث فى التركة من النظام العام وكل تحايل على مخالفة هذه الاحكام باطل بطلانا مطلقا ومن ثم فلا يسرى على هاذ البطلان التقادم المنصوص عليه فى المادة 140 من القانون المدنى ، ولا يقدح فى ذلك القول بان اعتبار البطلان مطلقا يتنافى مع امكان ايجازات التصرف من الورثة ذلك انه ليس للورثة أن يجيزوا التصرف باعتباره بيعا وإنما لهم أن يجيزوه على الاعتبار الصحيح بوصفه وصية وفى هذه الحالة تجرى على أحكام الوصية التى يجيزها الورثة . (نقض جلسة 1964/1/9 المكتب الفنى س 15 ص43)

أن تصريح المشرع بلفظه البطلان جزاء المخالفة لا يرتب بذاته الآثار التى كانت تترتب على البطلان المطلق ، إذ أن المشرع وان حدد بذلك طبيعة أجزاء وهو البطلان إلا انه لم يحدد نوعه الذى يتحدد بالغاية التى تغياها المشرع من القاعدة ومحل المخالفة ، فان كانت حماية مصلحة عامة جرت أحكام البطلان المطلق وان كانت حماية مصلحة خاصة جرت أحكام البطلان النسبى . (نقض مدنى فى 31 ديسمبر سنة 1975 مجموعة أحكام النقض السنة 26 رقم 326 ص1746)

أن المادة 705 من قانون المرافعات توجب أن يكون عدد المحكمين المفوضين بالصلح وترا ، وان يذكروا بأسمائهم فى مشاركة التحكيم أو فى ورقة سابقة عليها ، وهذا النص ينتفى معه جواز القول بإمكان تعيين بعض المحكمين فى المشاركة وتوكيل هذا البعض فى تعيين آخرين من بعد ، وحكم هذه المادة هو من النظام العام ، فمخالفته موجبة لبطلان المشاركة بطلانا مطلقا لا يزيله حضور الخصوم أمام المحكمين الذين لم تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها فى المادة المذكورة . (نقض جلسة 1934/12/20 ربع قرن ج 1 ص 397 بند 3)

بطلان عقد بيع الوفاء بطلانا مطلقا سواء ورد شرط استرداد المبيع خلال مدة معينة فى نفس العقد أو عقد لاحق معاصر له ذهنيا .

مفاد نص المادة 465 من القانون المدنى انه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطل قانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد الى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات عقد البيع بل يجوز إثباته فى ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالبيع واستظهار شرط المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع فى الاسترداد يعتبر من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض ، وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن عقد البيع سند الدعوى تاريخه .. وكانت الورقة التى استند إليها الحكم فى إثبات شرط الاسترداد مؤرخه – فى تاريخ لاحق على العقد دون أن يعنى باستظهار شرط المعاصرة الذهنية التى تربطها بالعقد أو يكشف عن المصدر الذى استقى منه هذه المعاصرة فانه يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون . (نقض جلسة 1976/3/15 المكتب الفنى السنة 27 رقم 130 ص652)

العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يقبل التصحيح لوروده على عدم .

النص فى عقد الصلح على اعتبار بين الوفاء نهائيا لا رجوع فيه ، لا يعدو أن يكون مجرد نزول للجانب البائع عن شرط الاسترداد المتفق عليه عند التعاقد فهو لا يصحح البيع الذى وقع باطلا طبقا للمادة 465 من القانون المدنى 9 . (نقض جلسة 1970/5/28 المكتب الفنى السنة 21 رقم 151 ص945)

لقد جرى قضاء محكمة النقض بأن العقد المشوب ببطلان أصلى متعلق بالنظام العام هو فى نظر القانون لا وجود له ،

ولما كان التقادم لا يصحح إلا ما كان له وجود وكان العقد الذى يتمسك به الطاعن هو عقد بيع يخفى رهنا فان مثل هذا العقد لا ينقلب صحيحا مهما طال الزمن ومن ثم لا يكون للتقادم الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض الدفع بسقوط الحق فى رفع الدعوى ببطلان عقد البيع المذكور لم يخالف القانون ، أما تحدى الطاعن بنص المادة 141 من القانون المدنى الجديد فلا بجدية لأنه تشريع جديد لا يسرى على واقعة الدعوى . (نقض 1952/4/17 طعن 171 س20ق)

النص فى المادة 140 من القانون المدنى على أن " 1- يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات ، 2- يبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الى يزول فى هذا السبب وفى حالة الغلط او التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه ، وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد " يدل على ان سقوط الحق فى إبطال العقد المقابل لذلك يكون بمضى ثلاث سنوات يبدأ سريانها بالنسبة لحالة الغلط او التدليس من اليوم الذى تكتشف فيه هذه الحالة بحيث إذا انقضت هذه المدة انقلب العقد صحيحا ، ولا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع باعتبار أن الدفع فى هذه الحالة لا يعدو أن يكون فى حقيقته دعوى فرعية بالإبطال . (نقض 1992/12/21 طعن 248 س 56 ق)

العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية أو لعيب شاب الإرادة له وجود قانونى أن يتقرر بطلانه ، ولا يستطيع أن يطلب إبطاله سوى من تقرر البطلان لمصلحته – ناقص الأهلية او من شاب إرادته عيب – لما كان ذلك وكان المطعون ضدهم الأربعة الأول – وهم ليسوا طرفا فى عقد الإيجار المؤرخ 1966/2/1 – قد طلبوا إبطاله تأسيسا على أن إرادة وزارة الأوقاف المؤجرة – قد شابها عيب الغش والتدليس ، واذ استجاب الحكم المطعون فيه لطلباتهم وقضى بالبطلان لعيب شاب إرادة المؤجرة فإنه يكون قد خالف القانون . (نقض 1981/2/21 طعن 790 س 50ق)

بطلان العقد بطلانا مطلقا لسبب معين لا يمنع طرفيه من إبرام عقد جديد بدلا منه لا يشوبه البطلان . (الطعن 1649 لسنة 49 ق – جلسة 1983/12/15 س 34 ص 1819)

الأثر الكاشف للحكم ببطلان العقد الذى يرتد بهذا البطلان إلى يوم صدور ذلك العقد وان كان يزيل العقد فى خصوص التزامات طرفية التعاقدية منذ إبرامه إلا انه لا اثر لذلك فى خصوص بدء سريان تقادم دعوى التعويض عن العمل غير المشروع الذى أدى للحكم بهذا البطلان لان العبرة فى بدء سريان هذا التقادم ليست بافتراض وقوع الضرر وعلم المضرور به وبالمسئول عنه منذ إبرام العقد قياسا على ذلك الأثر الكاشف للحكم بالبطلان بل ان العبرة فى ذلك – وعلى ما جرى به ن المادة 172 من القانون المدنى – هو بوقوع الضرر فعلا وبالعلم الحقيقى به المسئول عنه وهو ما لا يتحقق بالفعل إلا يوم صدور ذلك الحكم ، وإذ عول الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه فى رفض الدفع بالتقادم إلى احتسابه بدءا من تاريخ صدور الحكم ببطلان عقد شراء المطعون ضده الأرض وهو يوم 1980/6/1 ورتب على ذلك قضاءه بالتعويض فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون . (الطعن 1832 لسنة 53 ق جلسة 1987/3/26)

إذا كان الأثر المترتب على بطلان العقد هو أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كان عليها قبل التعاقد إلا أن يكون ذلك مستحيلا وهو ما لا لازمه أن يمحو البطلان كل اثر للعقد سواء كان هذا الأثر نتيجة اتفاق صريح أو ضمني بين عاقديه وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى بطلان العقد وعودة طرفيه إلى ما كانا عليه قبل التعاقد بتسليم العين وما عليها من مبان للمطعون ضده مقابل استحقاق الطاعن لما أودع على ذمته من تعويض فانه لا يكون قد خالف القانون . (الطعن 1482 لسنة 50 ق جلسة 1987/6/28)

لا يملك ناقص الأهلية حق الإجازة لأنها تصرف قانونى .

إجازة التعاقد الباطل باعتبارها تصرف قانونيا يتضمن إسقاط لحق لا يملكها ناقص الأهلية . (نقض جلسة 1980/3/13 المكتب الفني السنة 31 رقم 159 ص806)

إثارة الإجازة دفاع جوهرى يتعين على محكمة الموضوع إيراده فى أسبابها والرد عليها

إذا كان يبين من مدونات الحكم الابتدائي أن الطاعن تمسك فى دفاعه بإجازة المالك الاصلى لتصرف الصادر من المرحومة ، ببيع المنزل المملوك الى الطاعن وقد الأوراق التى استند إليها فى حصول تلك الإجازة فى تاريخ لاحق للرقة المنسوبة لها والتى فيها بصورية البيع الصادر لها من المالك الاصلى وكان مقتضى الأثر الناقل للاستئناف انه يتعين على محكمة الاستئناف ان تفصل فى كافة الأوجه التى يكون المستأنف عليه قد تملك بها أمام محكمة أول درجة متى كان الحكم المستأنف قد انتهى إلى القضاء له بطلباته كلها وكان لم يثبت تخليه عم هذه الأوجه ، فإن محكمة الاستئناف وقد رأت إلغاء الحكم الابتدائي الذى قضى لمصلحة الطاعن بصحة التعاقد موضوع النزاع ، كان لزاما عليها فالفصل فى دفاعه المشار إليه والذى لم يتعرض الحكم الابتدائى لبحثه مادام لم يقدم المطعون عليهم ما يفيد تنازل الطاعن عنه صراحة أو ضمنا ولا ببين تلك من مدونات الحكم لبحثه مادام لم يقدم المطعون عليهم ما يفيد تنازل الطاعن عن صراحة أو ضمنا ولا يبين ذلك من مدونات الحكم المطعون فيه ، وإذ ببين من الحكم المطعون فيه انه لم يشر إلى هذا الدفاع ولم يدعيه وكان هذا الدفاع جوهريا قد يتغير بتحقيقه وجه الرأى فى الدعوى فإن الحكم يكون معيبا بالقصور فى التسبيب . (نقض جلسة 1978/12/14 المكتب الفنى السنة 29 رقم 374 ص 1930)

إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث .

إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إذا حصلت بعد وفاة المورث ، ذلك لان صفة الوارث التى تخوله حقا فى التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذه النظرية ، فإن النعى عليه – بالخطأ فى تطبيق القانون إذا قضى بصورية عقدى البيع الصادرين للطاعن رغم أن المطعون عليها الثانية وقعت عليما ويعتبروا ورد فيها من شروط حجة عليها بحيث يمتنع عليها الطاعن فيها بالصورية – يكون على غير أساس . (نقض جلسة 1975/11/11 المكتب الفنى السنة 26 رقم 263 ص 1294)

يسقط حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وعلى من يدعى الإجازة إثباتها.

انه وان كانت المادة 1/139 من القانون المدنى تقضى بان يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية ، إلا لما كان من المقرر فى قضاء محكمة النقض ، أن عبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال ، إنما يقع على عاتق مدعى الإجازة وإذا لم يقدم الطاعنون ما يدل على تمسكهم بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع ، وإغفالها تحقيقه ، فإنه لا يقل منهم إثارته مرة أمام محكمة النقض . (نقض جلسة 1972/2/15 المكتب الفنى السنة 23 رقم 25 ص 162)

إن إجازة العقد قد تكون صريحة أو ضمنية ، ومن ثم فلا تثريب على محكمة الموضوع إذا استخلصت – فى حدود سلطتها الموضوعية – استخلاصا سائغا من وقائع الدعوى ومستنداتها – إجازة الطاعنة العقد القسمة إجازة ضمنية بعد بلوغها سن الرشد من توقيعها كشاهدة على عقود البيع الصادرة من بعض المتقاسمين الآخرين والمشار فيها إلى أن اصل التمليك يرجع إلى عقد القسمة المذكور ، وبالتالى لا تعدو المجادلة فى ذلك أن تكون جدلا موضوعيا لا تقبل إثارته أمام محكمة النقض . (نقض مدنى 3 مايو 1962 مجموعة أحكام النقض 13-595-89)

إجازة التعاقد الباطل باعتبارها تصرفا قانونيا يتضمن إسقاط الحق لا يملكها ناقص الأهلية . (نقض جلسة 1980/3/12 المكتب الفنى السنة 31 رقم 159 ص806)

العقد الباطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة .

أساس بطلان البيع الوقائى الذى ستر رهنا هو انه غير مشروع ومن ثم فلا تلحقه الإجازة . (نقض جلسة 1969/1/23 المكتب الفنى السنة 20 رقم 24 ص144)

إن عبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال إنما يقع على عاتق مدعى الإجازة وإذن فمتى كان الطاعن قد ادعى أن مورث المطعون عليها قد أجاز بعد بلوغه سن الرشد عقد البيع الذى عقده ، وهو قاصر فان الحكم المطعون فيه إذا ألقى عبء إثبات هذه الواقعة لا يكون قد خالف قواعد الإثبات . (نقض جلسة 1952/11/26 ربع قرن ج1 ص 29 بند 26)

الإجازة ليست تصرفا منشئا لحق بل تصرفا مزيلا لمانع .

الإجازة ليست منشئة للحق بل هى إزالة للمانع الذى منع من نفاذ التصرف (نقض مدنى 1957/2/7 مجموعة أحكام النقض السنة 8 رقم 15 ص 126)

الإجازة تصرف قانونى مسقط لحق الإبطال لا يملكه ناقص الأهلية .

الإجازة تصرف قانونى يتضمن إسقاط الحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية ، ولهذا فإن الإجازة الصادرة من القاصر بعد قرار المجلس الحسبى باستمرار الوصاية عليه تكون عديمة الأثر قانونا . (نقض مدنى 1951/2/1 مجموعة أحكام النقض 2 رقم 55 ص 289)

الإجازة قد تكون من المجلس الحسبى أو من القاصر بعد بلوغه سن الرشد .

إن البطلان المنصوص عليه فى المادة 258 مدنى (قديم) وهى المادة التى لا تجيز لمن يقوم مقام غيره ، بوجه شرعى كالأوصياء والأولياء ولا للوكلاء المقامين من موكليهم ، أن يشتروا الشئ المنوط بهم بيعه بالصفات المذكورة .

بطلان نسبية صحة الإجازة هو لا يزول شراء مال القاصر الا برضائه بعد بلوغه سن الرشد أو بإجازة المجلس الحسبى . (نقض مدنى فى 1950/2/23 مجموعة أحكام النقض السنة الأولى رقم 70 ص 260)

أن عقد القسمة الذى يبرمه الوصى دون استئذان الجهة القضائية المختصة يكون باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغه سن الرشد أن يتناول عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة . (نقض مدنى فى 23 يناير سنة 1964 مجموعة أحكام النقض السنة 15 رقم 24 ص 131)

يسقط الحق فى إبطال العقد بالتقادم إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات عملا بالمادة 1/140 من القانون المدنى ، ولما كان من المقرر أن التقادم لا يتعلق بالنظام العام ، ويجب التمسك به أمام محكمة الموضوع ، فإنه إذا لم يثبت أن الطاعنين قد تمسكوا أمامها بتقادم دعوى البطلان ، فلا يقبل منهم التمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض . (نقض 1972/2/15 طعن 189 س 37 ق)

ليس فى القانون ما يحول دون التمسك بطلب بطلان التصرف لعيب فى أهلية المتصرف بعد الإخفاق فى الادعاء بتزوير العقد الحاصل به هذا التصرف لاختلاف نطاق ومرمى كل من الطاعنين عن الآخر . (نقض 1962/2/15 س13 ص267)

تطبيقات تشريعية للبطلان

البطلان المتعلق بالإجراءات :

لقد أورد المشرع فى قانون المرافعات حكما عاما للبطلان الذى يلحق الإجراءات ضمنه المادة 25 منه فنص على انه يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون على بطلانه أو إذا شابه عيب جوهرى ترتب عليه ضرر للخصم – وهذا النص – على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية – يجعل الحكم بالبطلان واجبا (أولا) فى الأحوال التى ينص فيها القانون على البطلان بلفظة أو عبارة ناهية أو نافية تقتضيه اعتبارا بان المشرع قدر أهمية الإجراء وافترض ترتيب الضرر عليه فى الغالب (ثانيا) عند عدم النص إذا كان العيب الذى شاب الإجراء عيبا جوهريا بشرط أن يثبت انه قد أضر بالتمسك بالبطلان . (الطعن رقم 225 سنة 31ق جلسة 1966/1/13 س 17 ع 1 ص 133)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " القضاء بالبطلان فى حالة عدم النص عليه . مناطه . أن يشوب الإجراء عيب لم تتحقق بسببه الغاية منه . المادة 20 من قانون المرافعات . عدم استلزام المشرع توافر شكل معين فى الإجراء ، أثره قرارات إزالة المبانى ، عدم تطلب المشرع توقيع أعضاء اللجنة المختصة بإصدارها عليها ، مؤداه عدم ترتيب البطلان على عدم توقيع الأعضاء عليها " (الطعن رقم 1474 سنة 52ق جلسة 1986/2/19) وبأنه " مؤدى نص المادة 108 من قانون المرافعات أن الإجراء يعتبر صحيحا رغم ما قد يعتريه من اوجه البطلان غير المتعلقة بالنظام العام طالما أن الدفع بهذا البطلان لم يتمسك به صاحب المصلحة فيه فى الوقت الذى حدده القانون " (الطعن رقم 119/سنة 43 ق جلسة 1977/4/5 س 28 ص 909) وبأنه " إذ تنص الفقرة الثانية من المادة 24 من قانون المرافعات على انه " إذا كان الإجراء باطلا فى شق منه فان هذا الشق وحده هو الذى يبطل " فهى تنظم انتقاض العمل الباطل إذا كان شق من الإجراءات غير معيب فإنه يمكن أن يبقى صحيحا رغم تعييب الآخر ولا يرد هذا الانتقاض إلا على العمل الاجرائى المركب من أجزاء قابلة للتجزئة أو الانقسام دون العمل الاجرائى من هذا النوع الأخير يؤدى إلى بطلان العمل الاجرائى كله " (الطعن رقم 698 سنة 42 ق جلسة 1977/5/17 س 28 ص 1230)

وبأنه " يشترط حتى تحكم المحكمة بسقوط الخصومة ألا تتخذ خلال السنة التى تسقط الخصومة بانقضائها اى إجراء يقصد به موالاه السير على أن يكون هذا الإجراء صحيحا أو يصبح صحيحا لعدم التمسك ببطلانه فى الوقت المناسب " (الطعن رقم 119 سنة 43 جلسة 1977/4/5 س 28 ص909) وبأنه " عدم جواز التمسك ببطلان الإجراءات من الخصم التى تسبب فيه - وفقا لنص المادة 21 من قانون المرافعات - قاصر على حالة بطلان الإجراءات غير المتعلق بالنظام العام ، أما إذا كان بطلان الإجراء متعلقا بالنظام العام أو كان الإجراء معدوما فانه لا يرتب أثرا ويجوز لهذا الخصم التمسك بانعدام آثاره فى جميع الأحوال ، ولما كان إعلان صحيفة افتتاح الدعوى الحالية قد وجه إلى إدارة قضايا الحكومة وهى لا تنوب عن الشركة الطاعنة فان هذا الإعلان يعتبر معدوما ويكون الحكم الصادر بناء عليه معدوما هو الآخر " (الطعن رقم 823 سنة 47ق جلسة 1978/4/24 س29 ص1088) وبأنه " مفاد المواد 63، 68 ، 82 من قانون المرافعات أن الخصومة تبدأ باتصالها بالمحكمة المرفوعة إليها ويتم انعقادها باتصالها بأطراف الدعوى طبقا للإجراءات التى رسمها القانون ومتى تم إيداع صحيفة افتتاح الدعوى قلم كتاب المحكمة وإعلانها إلى المدعى عليهم وسلمت هذه الإجراءات من البطلان قامت الخصومة أمام المحكمة فلا يبطلها أو يسقطها أو يمنع المحكمة من الفصل فيها مجرد غياب أو عدم صحة تمثيل من حضر من المدعى فيها " (الطعن رقم 150 سنة 49 ق جلسة 1983/4/28 س 24 ص 1099)وبأنه " النص فى المادة 20 من قانون المرافعات على انه " يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراءات ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء " يدل على ما أوردته المذكرة الإيضاحية فى خصوص هذه المادة أن المشرع قرر التفرقة بين حالة البطلان الذى يقرره القانون بعبارة صريحة منه وحالة عدم النص عليه فإذا نص القانون على وجوب اتباع شكل معين أو أوجب أن تتضمن الورقة بيانا معينا وقرر البطلان صراحة جزاء على عدم احترامه فان الإجراء يكون باطلا ، وليس على ما تقرر الشكل لمصلحته من الخصوم إلا أن يثبت تحقيق غاية معينة فى الخصومة ، فالقانون عندما يتطلب شكلا معينا أو بيانا معينا فإنها يرمى إلى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشكل أو البيان ، فان من بين التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان

ومؤدى ذلك أن ربط شكل الإجراء بالغاية منه إنما يستهدف جعل الشكل أداة نافعة فى الخصومة ، وليس مجرد قالب كالشكليات التى كانت تعرفها بعض القوانين القديمة ، هذا إلا أن الشكل ليس هو الإجراء ، ذلك أن الإجراء أو العمل الاجرائى هو عمل قانونى يجب أن تتوافر فيه شروط معينة من بينها الشكل الذى يحدده القانون وترتيبا على ما تقدم فيه إذا أوجب القانون توافر الشكل أو بيان فى الإجراء فان مناط الحكم بالبطلان هو التفطن إلى مراد المشرع من هذه البيانات وما يستهدفه من تحقيق غاية معينة " (الطعن رقم 1065 سنة 49 ق جلسة 1980/5/10 س31 ص1325) وبأنه " يشترط فى الإجراء المانع من سقوط الخصومة أن يكون صحيحا أو يصبح صحيحا لعدم التمسك ببطلانه فى الوقت المناسب " (الطعن رقم 402 سنة 41 ق جلسة 1981/12/14 س 32 ص 2299)

البطلان المتعلق بالصلح :

تعريف عقد الصلح :

لقد عرفت المادة (549) مدنى أن " الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا . وذلك بأ ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه " .

أركان عقد الصلح :

أن عقد الصلح لا يختلف أركانه عن سائر العقود المتمثلة فى التراضى والمحل والسبب ولكنه يزيد عن هذه الأركان بأركان خاصة تتمثل فى أنه نزاع قائم او محتمل وأن يكون هناك نزول عن إدعاءات متقابلة وسوف نلقى الضوء على هذه الأركان على الترتيب التالى :

أولا : التـراضى

أن عقد الصلح كغيره من العقود يلزم فيه تراضى الطرفين بأن تتقابل ارادتهما على إبرام عقد الصلح أو إنهاء الدعوى صلحا ومن ثم فلابد من إيجاب وقبول من المتصالحين وأن هذا الإيجاب والقبول يسرى عليه القواعد العامة فى نظرية العقد .

الأهلية اللازمة لعقد الصلح :

تنص المادة (550) من القانون المدنى على أن " يشترط لمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للتصرف بعوض فى الحقوق التى يشملها عقد الصلح " .

وبذلك تكون الأهلية الواجب توافرها فى كل من المتصالحين هى أهلية التصرف بعوض فى الحقوق التى تصالحا عليها لأن كلا منهما ينزل عن جزء من ادعائه فى نظير نزول الآخر عن جزء مقابل ، والنزول بمقابل عن حق مدعى به هو تصرف بعوض ، فإذا بلغ الإنسان الرشد ولم يحجز عليه كانت له أهلية كاملة فى الصلح على جميع الحقوق ، ويلاحظ انه وفقا للمادة 52 من قانون الولاية على المال فإنه يكون قابلا للإبطال كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى ممن كان فى وصايته وبلغ سند الرشد ، إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب المشار إليه فى المادة 45 والصبى المميز ليست له فى الأصل أهلية التصرف فى أمواله فلا يملك الصلح على الحقوق ،

ويجوز لوليه إذا كان هو الأب أن يصالح على حقوقه ، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو أوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلثمائة جنيه (م7 من قانون الولاية على المال) أو كان مالاً موروثا إذا كان مورث القاصر قد أوصى بألا يتصرف وليه فى هذا المال فيجب هنا أيضا الحصول على إذن المحكمة (م9 من قانون الولاية على المال) فإذا كان الولى هو الجد أو كان النائب عن القاصر وصيا ، فإنه لا يجوز له الصلح على حقوق القاصر إلا بإذن المحكمة (م15 من قانون الولاية على المال للجد و م39 من نفس القانون للوصى) إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة بالنسبة إلى الوصى وحده (م39 من قانون الولاية على المال) والمحجوز عليه كالصبى المميز ، وولاية القيم فى الصلح على ماله كولاية الوصى فى الصلح على مال القاصر ، على أن الصبى المميز المأذون له فى تسلم أمواله وقد بلغ الثامنة عشرة يجوز له الصلح فى حدود أعمال الإدارة التى هو أهل لها (م57 من قانون الولاية على المال) وكذلك الصبى المميز الذى بلغ السادسة عشرة فكانت له أهلية التصرف فيما يكسب من عمله من أجر أو غيره ، له أن يصالح على ما يكون له أهلية التصرف فيه من كسب (م63 من قانون الولاية على المال) ، وللصبى المميز أيا كانت سنه ، أن يصالح أيضا على ما يكون له أهليه التصرف فيه فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته (م61 من قانون الولاية على المال) ، أما الصبى غير المميز فلا يملك الصلح كما لا يملك التعاقد بتاتا لانعدام إرادته ، ويجوز للولى أو الوصى أن يصالح على حقوقه فى الحدود التى بيناها عند الكلام فى الصبى المميز .(د / عبد الرزاق السنهورى – ص532 وما بعدها) .

والملاحظ أنه يجوز عدم استئذان المجلس الحسبى فى الاتفاق الذى يحرره المحجوز عليه متى كان فيه نفع محض له .

عيوب الرضا فى عقد الصلح :

يجب أن الرضا فى عقد الصلح خاليا من عيوب الرضا والمتمثلة فى الغلط والاكراه والتدليس والاستغلال بشأنه سائر العقود والذى يعنينا فى دعوى صحة التعاقد هنا الغلط فى عقد الصلح لذلك سوف نلقى الضوء عليه أما باقى عيوب الرضا سبق شرحها فى هذا الكتاب فى موضعه .

الغلط فى عقد الصلح :

تنص المادة (556) من القانون المدنى على أنه " لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون " .

وتنص المادة (122) من القانون المدنى على أن " يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين هذا مالم يقضى القانون بغيره " .

وبهذا النص فقد خرج عن القواعد العامة فى الغلط والتى يقضى بأن الغلط فى القانون كالغلط فى الواقع يجعل العقد قابلا للإبطال ومن ثم فإن الغلط فى القانون ليس سببا مبيحا للطعن فى الصلح .

المقصود بالغلط فى القانون :

يقصد بالغلط فى القانون هو الغلط فى فهم القانون وقواعده بأن يكون المتعاقد قد صدر منه الرضا وهو غير مدرك أو عام ببنود عقد الصلح .

وقد قضت محكمة النقض بأن : معنى الغلط فى دعوى الغلط المحسوس يقتضى حتما بصفة عامة أن يكون المتعاقد قد صدر منه الرضا وهو غير عالم بحقيقة الشئ المرضى عنه بحيث لو كان عالما بحقيقته لما رضى ، فإذا كان المدعى لم يدع علمه بالحقيقة بل ادعى أنه استكره على التوقيع واثبتت المحكمة أن دعوى الإكراه مختلفة فتوقيعه بهذه المثابة لا يجعل له أدنى حق للرجوع فى شئ ...... بل هو مرتبط به تمام الارتباط ودعواه غير جائزة السماع . (نقض 1935/11/7 – مجموعة الربع قرن ج2 ص751) .

هل يجوز تجزئة عقد الصلح عند بطلان جزء منه ؟

تنص المادة 557 مدنى على أن :

الصلح لا يتجزأ ، فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله .

على أن هذا الحكم لا يسرى إذا تبين من عبارات العقد أو من الظروف أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض .

عدم تجزئة الصلح عند بطلانه ليس مقصورا على البطلان للغلط بل هو يشمل جميع وجوه البطلان لعدم مشروعية المحل أو السبب والقابلية للابطال لنقص فى الأهلية أو لعيب من عيوب الإرادة – بالأصل إذن أن الصلح إذا كان يشتمل على أكثر من أمر واحد وشاب البطلان جزء منه فإن مقتضى ذلك بطلان الصلح كله – إلا أن هذا الحكم ليس متعلقا بالنظام العام فيجوز أن تتجه نية المتعاقدين صراحة أو ضمنا الى اعتبار اجزاء الصلح بعضها مستقلا عن بعض ، فإذا بطل جزء منها بقيت الأجزاء الأخرى قائمة سليمة ، وبذلك يتجزأ الصلح طبقا لإرادة المتعاقدين .

ويترتب على ذلك أنه إذا كان فى الدعوى خصوم متعددون وتم الصلح من بعضهم فقط ، فإذا كانت الدعوى تقبل التجزئة قضت المحكمة باثبات الصلح أو بالحاق محضر الصلح بمحضر الجلسة بالنسبة للخصوم المتصالحين فقط وتقضى فى موضوع الدعوى بالنسبة لباقى الخصوم أما إذا كانت الدعوى لا تقبل التجزئة فلا يجوز لها ذلك إذ أن الأصل فى الصلح كما تقدم أنه لا يقبل التجزئة كما أن موضوع الدعوى لا يقبله.

كما أنه إذا كانت الخصومة مرفوعة بعدة طلبات منفصلة بعضها عن بعض بأن تكون طلبات مستقلة جمعتها صحيفة واحدة وتم الصلح بين طرفيها على بعض هذه الطلبات دون الأخرى كان على المحكمة اثبات الصلح بالنسبة لما تم الصلح بشأنه من هذه الطلبات وتفصل فى الباقى ، كما إذا رفع المشترى لعدة عقارات بعقود مستقلة عنم بعضها دعوى صحة ونفاذ هذه العقود جميعا ثم تصالح بالنسبة لبعض هذه العقود دون البعض الآخر فيمكن للمحكمة اثبات الصلح بالنسبة للعقود التى تم الصلح بشأنها والفصل فى باقى العقود بالمحكم فى موضوعها .

وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كان عقد الصلح – وعلى ما جرى به نص المادة 1/557 من القانون المدنى – لا يقبل فى الأصل التجزئة ، وكانت دعوى صحة ونفاذ عقد البيع تتسع لبحث ما يثار من نزاع حول ملكية البائع للمبيع بحيث لا يجاب المشترى إلى طلبه صحة عقده كله إلا إذا كان تسجيل الحكم ونقل الملكية إليه من البائع ممكنين فإن تبين أن البائع لا يملك إلا جزءا من المبيع امتنع على المحكمة إجابة المشترى والبائع إلى طلبهما الحاق عقد الصلح المبرم بينهما عن كامل القدر المبيع لوروده فى شق منه على بيع ملك الغير ولا يجاب المشترى إلى طلبه صحة عقده إلا بالنسبة للقدر الذى ثبت أنه مملوك للبائع له لقاء ما يعادله من الثمن المتفق عليه . (الطعن رقم 1702 لسنة 52ق – جلسة 1985/11/7) .

ويجوز للغير أن يرفع دعوى بطلان الصلح أو أن يتدخل فى دعوى صحة التعاقد طالبا بطلان عقد الصلح :

وقد قضت محكمة النقض بأن : للغير الذى اضر الصلح بحقوقه عن طريق الغش أن يرفع دعوى اصلية ببطلانه أو يبدى الدفع بالبطلان بالتدخل فى الدعوى التى حصل فيها الصلح فإذا تدخل الغير فى دعوى منظورة مدعيا أن الصلح أضر بحقوقه ودفع الخصم فى مواجهته بإنتهاء الدعوى صلحا كان فى مكنته الرد على هذا الدفع ببطلان الصلح ولا يجوز رفض التدخل إلا تأسيسا على أن الصلح قد أنهى الدعوى وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان صلحا صحيحا ومن ثم فلا سبيل إلى رفض طلب التدخل إلا بحكم يقضى بصحة الصلح . (نقض 1970/5/14 س21 ص830)

ثانيا : المحل فى عقد الصلح

تنص المادة (551) من القانون المدنى على أن " لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية أو التى تنشأ عن إرتكاب إحدى الجرائم " .

ويجب أن نشير بأنه يجب أن يتوافر فى محل الصلح الشروط الواجب توافر فى محل أى عقد وهى أن يكون موجود أو ممكنا أو قابلا للتعيين وأن يكون مشروعا طبقا لما ساقته المادة (551) مدنى سالفة الذكر .

ويتضح لنا من النص أنه " لا يجوز اصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية (كالبنوة والزوجية) أو بالنظام العام (كالصلح على الجرائم) فإن صلحا مثل هذا يكون محله غير مشروع وسببه غير مشروع أيضا فهو باطل ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية كالنفقة أو التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم كالتعويض" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص446) .

بطلان الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية :

لا يجوز بأى حال من الأحوال الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية لأنها من النظام العام كذلك ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها . (م 48 مدنى)

ويجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية كنزول المطلقة عن نفقة عدتها أو مؤخر صداقها أما النزول عن نفقة أولادها لا تجوز لتعلقها بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفته :

وقد قضت محكمة النقض بأن : لما كانت المادة (551) من القانون المدنى لا تجيز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية فإن التنازل عن طلب الحجر يكون عديم الأثر قانونا ومن ثم فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأدلة سائغة فى حدود سلطتها الموضوعية أن عقد البيع قد انعقد مقابل التنازل عن دعوى حجر ، وأن ثمنا لم يدفع فإنها تكون قد تحققت من صورية السبب الوارد فى العقد والحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى بطلان عقد البيع لا يكون قد مخالف القانون . (نقض 1962/12/27 – س13 ص1214) .

بطلان الصلح على الجريمة :

لا يجوز الصلح على الجرائم وذلك لأن محله غير مشروع وسببه غير مشروع أيضا فهو باطل ولأن الجرائم تتعلق بحق المجتمع المتعلق بالنظام العام فلا يجوز الصلح عليه إلا مع النيابة العامة فقط ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم كالتعويض المدنى الذى يستحقه المجنى عليه عن الضرر الذى أصابه فله هنا الحق أن يتنازل عن هذا التعويض فلا يدعى مدنيا سواء كان أمام النيابة العامة أو المحكمة ولا أن يرفع دعوى تعويض مدنية مبتدأ بالتعويض وذلك لأنه قد تنازل عن حقه المدنى فمن باب أولى لا يحق له أقامه دعوى مستقلة بالتعويض .

وقد قضت محكمة النقض بأن : مفاد الفقرة الرابعة من المادة (501) من قانون المرافعات والمادة (551) من القانون المدنى أنه لا يجوز التحكيم بصدد تحديد مسئولية الجانى عن الجريمة الجنائية وإلا عد باطلا لمخالفته للنظام العام . وإذا كانت المسألة التى انصب عليها التحكيم وبالتالى كانت سببا للالتزام فى السند إنما تتناول الجريمة ذاتها وتستهدف تحديد المسئول عنها وهى من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، فلا يجوز أن يرد الصلح عليها وبالتالى لا يصح أن تكون موضوعا لتحكيم وهو ما يستتبع أن يكون الالتزام المثبت فى السند باطلا لعدم مشروعية سببه . (نقض 1980/12/2 س31 ص1989) .

بطلان الصلح على إنقاص بعض الحقوق التى تقررها قوانين العمل :

الاتفاق بالصلح أو التنازل بين رب العمل والعامل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يكون باطلا إلا أن يمس حقوقا تقررها قوانين العمل ، وإذا كان الاتفاق الذى انعقد بين الشركة الطاعنة والمطعون ضده ، والذى تضمن استبدال أجر ثابت بالعمولة التى كان يتلقاها المطعون ضده ، لم يمس حقوقا قررتها قوانين العمل ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه على أن العمولة التى يتقاضاها المطعون ضده جزء من الأجر تعلق به حق المستأنف عليه – المطعون ضده – ولا يجوز المساس به أو الاتفاق على مبلغ أقل من فإنه يكون قد خالف القانون . (نقض 1973/1/27 س24 ص114) . وبأنه " متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض التصديق على الصلح الذى نزل بموجبه المطعون عليه عن جزء من إعانة الغلاء التى يستحقها قبل الطاعنة بموجب الأمرين العسكريين رقم 358 ، 548 والمرسوم بقانون رقم 102 لسنة 1945 قد أقام قضاءه على أن هذا الصلح يخالف أمرا عده المشرع من النظام العام ذلك أنه ذكر فى ديباجة الأمر العسكرى رقم 358 أن المشرع إنما يقرر إعانة غلاء للعمال ويلزم بها رب العمل إلزاما لا سبيل التخلص منه لاعتبارات متعلقة بالنظام العام ، وفى توفير مورد للعامل لمواجهة ارتفاع نفقات المعيشة تبعا لزيادة أسعار الحاجات الضرورية كما أكد صلة ما قرر بالنظام العام بما أورده فى المادة الثامنة من اعتبار تخلف رب العمل عن دفع هذه الإعانة جريمة معاقبا عليها جنائيا ومن النص على أن (تقضى المحكمة فضلا عن ذلك ومن تلقاء نفسها بإلزام المخالف بدفع فرق الأجر أو العلاقة لمستحقيها ....) فإن ما قرره هذا الحكم لا مخالفة فيه للقانون ولا محل للتحدى بجواز التصالح عن الضرر الذى يتخلف عن جريمة ذلك أن موضوع الصلح فى الدعوى لم يكن الضرر المتخلف عن جريمة وإنما هو النزول عن حق قرره المشرع لاعتبارات تتعلق بالنظام العام وأوجب على المحكمة رعاية له أن تقضى به من تلقاء نفسها لمن حبس به " . (نقض 1952/2/25 – مجموعة الربع قرن ج2 ص865 ق17) .

بطلان الصلح على الأحكام المتعلقة بقانون إيجار الأماكن :

إذا كان هذا الصلح يمس قاعدة آمرةمتعلقة بالنظام العامر فهو باطل كالاتفاق على التنازل عن الامتداد القانون لعقد الإيجار الأماكن مخالفاً بذلك أحكام أو الإتفاق على زيادة الأجرة هكذا .

بطلان مساومة جهة نزع الملكية على مقدار التعويض أو تتصالح عليه استقلالاً اختصاره للإجراءات :

إنه وإن كانت الجهة طالبة نزع الملكية هى التى تستفيد من العقار المنزوع ملكيته للمنفعة العامة ومن ثم تلزم بدفع التعويض المقدار لمن نزعت ملكيته وتكون مدينة قبله . إلا أن المستفاد من نصوص المواد 1، 6 ، 11 ، 15 من القانون الملغى رقم 577 سنة 1954 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين : أن المشرع ناط بإدارة خاصة من إدارات الحكومة هى " إدارة نزع الملكية بمصلحة المساحة القيام بكافة الإجراءات اللازمة لتحديد مساحة العقار وتعيين وتقدير المستحق لأصحابه عن نزع ملكيته وسداده إليهم مقابل الحصول على توقيعاتهم على نماذج خاصة تنتقل الملكية للمنفعة العامة وإيداع النماذج مصلحة الشهر العقارى لكى يترتب على إيداعها جميع الآثار المترتبة على شهر البيع الرضائى ، التشريع الخاص الذى ينظم جميع الإجراءات كلها متعلق بالنظام العام لتعلق موضوعه وإتصال أحكامه بمنفعة عامة ويستلزم بالتالى – وفق ما تنص عليه المواد السابقة – من الجهة التى طلبت نزع الملكية سداد المستحق عن نزع الملكية – بعد تقديره نهائياً – لا إلى المنزوع ملكيته ولكن إلى المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية لتقوم هى بتسليمه إلى ذوى الشأن فيه مراعاة الضوابط والأحكام التى نص عليها القانون والقرارات المنفذة له وحصولها على توقيعهم على النماذج الخاصة المعدة لهذه الغرض والتى نص عليها القانون – خلافا لقواعد وإجراءات التسجيل العادية – على أن ايداعها مصلحة الشهر العقارى يترتب عليه آثار شهر عقود البيع الرضائية وبذلك تمنع من الجهة طالبة نزع الملكية أن تساوم على مقدار التعويض أو تتصالح عليه استقلالا اختصار لإجراءات أو تنفرد بسداده إلى المنزوع ملكيته لأن هذه الأمور تنظم المشروع إجراءاتها نظاما إلزاميا . (نقض 1977/5/16 س28 ص 1201) .

بطلان التصرف المنصب على مال لا يجوز التعامل فيه بصفة عامة :

وإذا كان التصرف منصبا على مال لا يجوز التعامل فيه بصفة عامة مثل الأموال العامة أو لظروف خاصة مثل بيع الأتربة المجرفة أو البضاعة المخالفة للمواصفات إذا كانت هذه المخالفة شكل جريمة جنائية – أو بيع الأرض المقسمة قبل صدور فيه بصفة عامة مثل الأموال العامة أو لظروف خاصة مثل بيع الأتربة المجرفة أو البضاعة المخالفة للمواصفات إذا كانت هذه المخالفة شكل جريمة جنائية – أو بيع الأرض المقسمة قبل صدور قرار بالموافقة على تقسيم

وكذلك سائر التصرفات التى يحظرها الشارع بالنسبة للأموال والتى أوردناها تفصيلا عند الحديث عن صلاحية المبيع للتعامل فيه فى كل هذه الأحوال يمتنع الصلح على هذه التصرفات ويمتنع بالتالى على المحكمة اثبات هذا اصلح لمخالفته للنظام العام .

وبصفة عامة كل تعامل يحظره القانون سواء جعل لمخالفته عقوبة جنائية أو لم يجعل بأن رتب البطلان على مخالفة هذا الحظر لا يجوز الصلح عليه وعلى المحكمة فى حالة حصول هذا الصلح ان تمتنع عن توثيقه أو الحكم فى موضوع الدعوى طبقا لما جاء به لمخالفته للنظام العام .

ثالثاً : السبب فى عقد الصلح

يجب أن تكون السبب مشروعا و بمعنى آخر يجب أن يكون الباعث بين المتصالحين على عقد إبرام عقد الصلح مشروعا كان يتفق الطرفان على إبرام عقد الصلح حتى لا يتكلف مصاريف باهظة وإنهاء الدعوى بسهولة ويسر .

وإذا كان سبب الصلح غير مشروع فيبطل الصلح شريطة أن يكون الطرف الآخر على علم بها كأن يكون السبب الصلح هو إدارة المنزل للدعارة أو اللعب القمارى فيطل هذا الصلح .

رابعاً : أن يكون هناك نزاع قائم أو محتمل

أول مقومات الصلح هو أن يكون هناك نزاع بين المتصالحين قائم أو محتمل ، وليس من الضرورى أن يكون هناك نزاع قائم مطروح على القضاء ، بل يكفى أن يكون وقوع النزاع محتملا بين الطرفين ، فيكون الصلح لتوقى هذا النزاع ، ويكون فى هذه الحالة صلحا غير قضائى ، وقد يكون النزاع فى القانون ، كما إذا وقع نزاع بين الطرفين على القيمة القانونية لسند يتمسك به أحدهما ، فيتصالحان لحسم هذا النزاع القانونى ، وقد يكون النزاع فى الواقع لا فى القانون كما إذ قام نزاع بين المسئول والمضرور : هل وقع خطأ من المسئول أو لم يقع ، أو قام النزاع على مدى التعويض بفرض أن المسئول يقر بالخطأ ، ويجب أن يقصد الطرفان بالصلح حسم النزاع بينهما ، إما بانهائه إذا كان قائما ، وإما بتوقيه إذا كان محتملا ، ولكن ليس من الضرورى أن يحسم الصلح جميع المسائل المتنازع فيها بين الطرفين وقد يتناول الصلح بعض هذه المسائل فيحسمها ويترك الباقى للمحكمة تتولى هى البت فيه. (عبد الرزاق السنهورى ص 508 وما بعدها) .

خامسا : أن يكون هناك نزول عن إدعاءات متقابلة

يجب فى الصلح أن ينزل كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه ، فلو لم ينزل أحدهما عن شئ مما يدعيه ونزل الآخر عن كل ما يدعيه لم يكن هذا صلحا ، بل محض نزول عن الادعاء وليس من الضرورى أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة ، فقد ينزل أحد الطرفين عن جزء كبير من ادعائه ، ولا ينزل الآخر إلا عن جزء يسير ، والتحكيم يختلف عن الصلح اختلافا بينا ، ففى التحكيم يتفق الطرفان على محكمين يبتون فى نزاعهم ، فالذى بيت فى النزاع فى التحكيم هم المحكمون ، أما الصلح فهم أطراف الخصومة أنفسهم ، والصلح يختلف عن التسليم بالحق ، وعن ترك الادعاء ، فى أن الصلح يقتضى حتما تضحية من الجانبين ، أما التسليم بالحق وترك الادعاء فيتضمنان التضحية من جانب واحد هو الجانب الذى وجه اليمين ، إذ يكسب الجانب الآخر الذى يحلف اليمين كل ما يدعيه . (د/ عبد الرزاق السنهورى ص508 وما بعدها) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : مفاد نص المادة 549 من القانون المدنى أن أركان عقد الصلح نزول كل من المتصالحين عن جزء مما يدعيه وإذ كان لا يشترط فى الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئا عنه الطرف الآخر ومن ثم فلا محل لادعاء الغبن سببا من أسباب الطعن فى العقود إلا فى حالات معينة ليس من بينها الصلح ، إذا تقتضى طبيعته ألا يرد بشأنه مثل هذا النص فإن النعى على الحكم المطعون فيه بعدم إجازة الطعن فى الصلح بالغبن هو نعى لا أساس له . (نقض 1973/12/18 س24 ص1274) .

ما يشترط فى الصلح :

لا يشترط فى الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئا لما ينزل عنه الطرف الآخر :

وقد قضت محكمة النقض بأن : مفاد نص المادة (549) من القانون المدنى أن من أركان عقد الصلح نزول كل من المتصالحين عن جزء مما يدعيه وإذ كان لا يشترط فى الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئا لما ينزل عنه الطرف الآخر . (نقض 1973/2/18 س24 ص1274) .

لا محل لإدعاء الغبن فى الصلح :

مفاد نص المادة 549 من القانون المدنى أن من أركان عقد الصلح نزول كل من المتصالحين عن جزء مما يدعيه وإذ كان لا يشترط فى الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئا لما ينزل عنه الطرف الآخر ومن ثم فلا محل لإدعاء الغبن فى الصلح . وكان القانون المدنى لم يجعل الغبن سببا من أسباب الطعن فى العقود إلا فى حالات معينة ليس من بينها الصلح ، فإذ تقضى طبيعته ألا يرد به مثل هذا النص . (نقض 1973/12/18) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : فمتى كان التوكيل الصادر إلى وكيل المطعون عليهما يبيح له اجراء الصلح والنزول عن الدعوى وكان الصلح الذى عقده مع الطاعنين فى حدود هذه الوكالة واستوفى شرائطه القانونية بأن تضمن نزول كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته على وجه التقابل حسما للنزاع القائم بينهما ، وكان الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بهذا الصلح ، وإذ قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالته أقام قضاءه على أن الصلح الذى عقده فيه غبن على موكليه ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون ذلك لأن هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدى إلى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته وإنما محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون فى صدد علاقة الوكيل بموكله لا فى علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل فى حدود الوكالة . (الطعن رقم 163 لسنة 21ق – جلسة 1953/10/22) .

البطلان المتعلق ببيع المال الشائع :

إن لكل مالك على الشيوع حق الملكية فى كل ذرة فى العقار المشاع فإذا انفراد بوضع يده على جزء مفرز من هذا العقار فانه لا يعد غاصبا له فلا يحق لاحد الشركاء الاخرين ان ينتزع منه هذا القدر بل كل ما له ان يطلب قسمة هذا العقار او يرجع على واضع اليد بمقابل الانتفاع بالنسبة لما يزيد عن حصته فى الملكية (الطعن رقم 268 لسنة 69 ق جلسة 2000/12/20) واذ ملك اثنان او اكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فهم شركاء على الشيوع – وكل شريك فى الشيوع يملك حصتة ملكا تاما وله ان يتصرف فيها بجميع انواع التصرفات الجائزة (المادتان 825 ، 826 من القانون المدنى)

هل يجوز للشريك ان يبيع جزء غير مفرز فى المال الشائع وما هو الحكم فى حالة علم المشترى بان هذا الجزء على الشيوع ؟

تنص المادة 2/826 من القانون المدنى على انه " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريقة القسمة وللمتصرف اليه اذا كان يجهل ان المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق فى ابطال التصرف و المفروض هنا ان المشترى قد اشترى من البائع الجزء المفرز أو ما يحل محله مما يقع فى نصيب البائع عند القسمة فإن وقع الجزء المفرز عند القسمة فى نصيب البائع فقد خلص للمشترى و أن لم يقع تحول حق المشترى بحكم الحلول العينى من الجزء المفرز المبيع الى الجزء المفرز الذى وقع فعلا فى نصيب البائع نتيجة للقسمة و بالتالى لا يجوز للمشترى فى هذا الفرض ان يطلب ابطال البيع اعتبار ان البيع الواقع على حصص الشركاء الاخرين هو بيع لملك الغير بل يجب ان ينتظر حتى يرى نتيجة القسمة فإن كانت نتيجتها وقوع الجزء المفرز الذى اشتراه فى نصيب البائع فقد اصبح ملكا خلفا للبائع منذ البيع بفضل الاثر الكاشف للقسمة

وإلا فقد ملك الجزء المفرز الذى وقع فعلا فى نصيب البائع بفضل الحلول العينى الذى نصت عليه المادة 826 من القانون المدنى إلا انه لا يجوز الحكم للمشترى بالتسليم المفرز اذا كان المبيع شائعا ما لم يثبت حصول قسمة نافذة ووقوع القدر المبيع فى نصيب البائع له بمقتضى هذة القسمة اذ ان البائع للمشترى كما تقول محكمة النقض لم يكن يملك وضع يده مفرزا على حصته شائعا قبل حصول القسمة الا برضاء باقى الشركاء جميعا ولا يمكن ان يكون للمشترى حقوق اكثر مما كان لسلفة ولان القضاء بالتسليم فى هذه الحالة يترتب علية إفراز جزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون و فى ذات الوقت ليس للمشترى لقدر مفرز فى عقار شائع طلب الحكم به شائعا لأن المشترى لا يملك بإرادته المنفردة ان يغير موضوع حقه فيجعله شائعا.

وما هو الحكم فى حالة عدم علم المشترى بان هذا الجزء على الشيوع ؟

إذا كان المشترى يجهل ان البائع لا يملك إلا فى الشيوع فقد وقع فى غلط جوهرى متعلق بالعين المبيعة اذ كان يعتقد انها مملوكة للبائع دون شريك فيكون البيع فى حصة الشريك البائع بيعا مشوبا بالغلط الجوهرى و فى حصص سائر الشركاء بيع ملك الغير ومن ثم فيكون هذا البيع قابل للإبطال فى كل المبيع ويجوز إذا للمشترى قبل القسمة أن يطلب إبطال البيع لا فى حصص الشركاء الآخرين فقط بل أيضا فى حصة الشريك البائع وهذا هو حكم الفقرة الأخيرة من المادة 2/826 مدنى التى تقول (و للمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق فى إبطال التصرف).

ولكن إذا حصلت القسمة قبل أن يطلب المشترى إبطال البيع فوقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب البائع اعتبر انه مالك له من وقت البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة فتخلص للمشترى ملكيته وينقلب البيع صحيحا ولم يبق للمشترى الحق فى طلب إبطال البيع و اذا كان بيع ملك الغير ينقلب صحيحا بصيرورة البائع ملكا للمبيع بعد البيع فأولى ان ينقلب البيع فى الحالة التى نحن بصددها صحيحا وقد اعتبر البائع مالكا للمبيع وقت البيع اما اذ لم يقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب البائع فان المشترى يستبقى حقة فى طلب ابطال البيع ولا يجبر على اخذ الجزء المفرز الذى وقع فعلا فى نصيب البائع لان الحلول العينى الذى نصت علية المادة 826 مدنى لا يكون الا حيث يعلم المشترى وقت البيع ان البائع لا يملك الجزء المفرز - بل حصة فى الشيوع .

بيع كل المال الشائع يكون قابل للإبطال اذا كان المشترى حسن النية :

إذا باع الشريك كل المال الشائع و كان المشترى وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده فإن البيع يكون قابلا للإبطال فى حصة الشريك البائع للغلط الجوهرى فى حصص سائر الشركاء لان بيع الشريك لها هو بيع فى ملك الغير .

يجوز للمشترى فسخ البيع فى حالة شراءه للمال الشائع كله إذا لم يستطع البائع أن يستخلص ملكيته لكل هذا المال :

إذا كان المشترى يعلم وقت البيع ان للبائع شركاء فى المال المبيع ولم يستطع البائع ان يستخلص ملكية كل هذا المال كان للمشترى الحق فى طلب فسخ البيع فان وقع جزء مفرز من المال المبيع فى نصيب البائع عند القسمة كان للمشترى الحق أما فى أخذه مع مقابل ما يناسبه من الثمن وأما فسخ البيع لتفرق الصفقة واذا استطاع البائعى استخلاص ملكية المبيع كأن حصل على إقرار الشركاء بالبيع او اشترى حصصهم او انتقلت اليه هذه الحصص بأى سبب آخر من أسباب انتقال الملكية لم يعد للمشترى الحق فى طلب فسخ البيع إذ تنتقل إليه من البائع ملكية كل المبيع ولا تتفرق عليه الصفقة .

ما هو اثر بيع الشريك لجزء مفرز من المال او كل المال الشائع على حقوق باقى الشركاء ؟

سواء وقع البيع على جزء مفرز من المال الشائع او على كل المال الشائع فان الشركاء الاخرين غير الشريك البائع يعتبرون من الغير فى هذا البيع بالنسبة لحصصهم الشائعة فى الجزء المفرز او حصصهم الشائع فى كل المال الشائع و ينفذ البيع فى حقهم بالنسبة الى حصة الشريك الشائعة فيحل المشترى محل الشريك البائع فى هذة الحصة و يصبح شريكا فى الشيوع مع سائر الشركاء فليس لشريك من هؤلاء ان تتعرض للمشترى فى حصته الشائعة و لا ان يطلب ابطال البيع . فى هذه الحصة ولا ان يدعى الاستحقاق فيها وإنما يستحق الشريك الجزء المفرز أو المال الشائع اذا وقع فى نصيبه عند القسمة بفضل الأثر الكاشف و قد يخلص للمشترى الجزء المفرز او المال الشائع اذا وقع فى نصيب البائع عند القسمة أو إذ أقر سائر الشركاء البيع قبل القسمة .

يجوز للمشترى لجزء مفرز من العقار الشائع لم يقع فى نصيب البائع أن يطلب الحكم بصحة ونفاذ العقد :

لما كانت المادة العاشرة من القانون رقم 114 لسنة 1946 فى شأن تنظيم الشهر العقارى تنص على أن جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية التى يجب تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل ان هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير و يسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كانت محلها أموالا مورثة وكان مؤدى هذا النص انه بمجرد حصول هذه القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينة وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم وانه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا إذا سجلت القسمة وكان الغير فى حكم هذه المادة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس انه مازال مملوكا على الشيوع و قام بتسجيله قبل تسجيل القسمة وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فانه لا يعتبر غيرا و لو سبق الى تسجيل عقده قبل أن يسجل القسمة و من ثم فان القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من احد المتقاسمين ويترتب عليها فى شان المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبة بمقتضى القسمة لما كان ما تقدم جميعه فانه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزاً لم يقع فى نصيب البائع له ان يطلب بصحة البيع بالنسبة الى ذلك الجزء طالما ان القسمة وان لم تسجل تعتبر حجة عليه (نقض مدنى جلسة1980/2/12 لسنة 31 عد اول ص 476)

هل يجوز لمالك على الشيوع تأجير جزء من العقار المشاع للغير أو الشركاء المشتاعين ؟

المالك على الشيوع حقه فى تأجير جزء منه لأحد الشركاء المشتاعين أو الغير المستأجر منه حائز عرضى لحسابه مؤداه بقاء العين المؤجرة فى حيازته التزام المستأجر برد العين المؤجرة عند انتهاء الإجارة م 590 مدنى (الطعن رقم 160لسنة 69ق جلسة 2000/1/17) .

أحكــام النقــض :

وضع المالك على الشيوع يده على جزء مفرز من العقار الشائع عدم أحقية باقى الشركاء فى انتزاع القدر منه ولو جاز نصيبه بغير القسمة ويقتصر حق الشركاء على طلب مقابل الانتفاع شرطة ان لا يكون حيازة الشريك واضع اليد غير مشروعة او محالا لعقد ينظمها او ينظم انتقالها بين الشركاء عله ذلك (الطعن رقم 160لسنة 69ق جلسة 2000/1/17) .

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه ليس ثمة ما يمنع البائع ان كان مالكا على الشيوع أن يبيع قدرا مفرزا من نصيبه فهو وان كان لا ينفذ فى حق باقى الشركاء بل يظل معلقا على نتيجة القسمة إلا انه يعتبر صحيحاً ونافذا فى حق الشريك البائع ومنتجا لآثاره القانونية على نفس المحل المفرز المتصرف فيه قبل القسمة وإذا كانت الطاعنة الشريكة البائعة لصحة مفرزة الى المشترى المطعون علية لم تدع وقوع قسمة قبل البيع فانه لا يحق لها طلب إبطال البيع الصادر منها و يحق للمشترى طلب الحكم بصحة ونفاذ هذا البيع قبلها حتى يتسنى له تسجيل عقد شراءه و من ثم يستطيع ان يحاج به الطاعنة البائعة له فى فترة ما قبل القسمة حتى يمتنع عليها التصرف فى هذا القدر االى الغير (نقض مدنى جلسة 1981/3/10 لسنة32 عدد أول ص 779).

الثابت فى الدعوى ان تصرف المطعون عليه الثانى للطاعنين بالبيع قد انصب على حصة شائعة فى قطعة داخلة فى مجموع المال الشائع ولا يغير من كون التصرف على هذه الصورة منصبا على حصة شائعة ان تتمدد الجهات التى تقع فيها الأطيان المملوكة للبائع و شركائه على الشيوع فلا يكون هناك محل لبحث الأثر الذى يترتب على حق المشترى فى الحلول العينى عملا بالمادة 2/826 القانون المدنى لأن مجال هذا البحث ان ينصب التصرف بالبيع على حصة مفرزة فى المال الشائع و هو ما ليس شان التصرف موضوع النزاع والذى أصاب وعلى ما سلف بيانه حصة شائعة فيه . (نقض مدنى جلسة 1981/1/27 لسنة 32عدد اول ص 349).

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الشريك فى ملك شائع الذى يتصرف بالبيع فى حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلا للمشترى متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة (نقض مدنى جلسة 1982/1/24 لسنة 33 ص 169 ص 1678) .

لئن كان بيع الشريك المشتاع لقدر مفرز من نصيبه لا ينفذ فى حق باقى الشركاء بل يظل معلقا على نتيجة القسمة إلا انه يعتبر صحيحا و ناقداً فى حق الشريك البائع ومنتجا لآثاره القانونية على نفس المحل المفرز المتصرف فيه قبل القسمة أما بعد القسمة فاستقرار التصرف على ذات المحل رهين بوقوعه فى نصيب الشريك البائع فإن وقع فى غير نصيبه ورد التصرف على الجزء الذى يقع فى نصيبه نتيجة للقسمة و ينبنى على ذلك انه اذا سجل المشترى لقدر مفرز من الشريك المشتاع عقد شرائه انتقلت اليه ملكية هذا القدر المفرز فى مواجهة البائع له فى فترة ما قبل القسمة بحيث يمتنع على البائع التصرف فى هذا القدر الى الغير فإذا تصرف فيه كان بائعا لملك الغير فلا يسرى هذا البيع فى حق المالك الحقيقى وهو المشترى الأول الذى انتقلت إليه ملكية هذا القدر من وقت تسجيل عقد شرائه (نقض مدنى جلسة 1975/2/17 لسنة 26ص 402) .

الحكم بإيقاع بيع العقار لا تنتقل به الملكية سواء بالنسبة للراسى عليه المزاد أو بالنسبة للشركاء فى العقار أو بالنسبة الى الغير إلا بتسجيله فإن من اشترى حصة أحد الشركاء بعقد مسجل قبل تسجيل حكم إيقاع البيع أو قبل التاريخ الذى يرتد إليه أثر تسجيله ولم يختصم فى إجراءات البيع لا يحاج بالحكم ولو كان البائع له مختصما فى الدعوى وتنتقل إليه هو الحصة التى اشتراها دون الراسى علية المزاد ويكون له أن يطلب تثبيت ملكيته لهذه الحصة فى مواجهة المشتاعين ومن حكم بإيقاع البيع علية حتى لو كان المشترى الذى سبق الى تسجيل عقدة متواطئا مع البائع على الإضرار بحقوق باقى الشركاء أو الراسى عليه المزاد لان تواطؤه مع البائع على الإضرار بحقوق باقى الشركاء أو الراسى عليه المزاد أو علمه بسبق التصرف الى الغير لا يحول دون كسبة ملكية المبيع بمقتضى عقده الذى بادر الى تسجيله فصح سندا لنقل الملكية إليه . (نقض مدنى جلسة 1982/1/24 لسنة 33 عدد اول ص169) .

من المقرر أن قضاء هذه المحكمة أن للشريك على الشيوع ان يبيع جزءا مفرزا من المال الشائع قبل إجراء القسمة فقد نصت المادة 826 فقرة ثانية من القانون المدنى على انه (إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه و من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريقة القسمة)

ومتى تقرر ذلك فان الطاعن يكون قد اشترى من المطعون ضده الجزء المفرز الذى قام ببيعة أو ما يحل محلة مما يقع فى نصيب المطعون عليه عند القسمة فإن وقع الجزء المفرز عند القسمة فى نصيب المطعون عليه خلص للطاعن و أن لم يقع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العينى من الجزء المفرز المبيع الى الجزء المفرز الذى يؤول الى المطعون علية بطريقة القسمة (نقض مدنى جلسة 1980/3/25 لسنة 31 عدد أول ص 888) .

الأصل أن البائع لا يمثل المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع و أن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره مالكا للعين المبيعة لا يعتبر حجة إلى المشترى الذى سجل العقد شراءه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى وأن للشريك على الشيوع أن يبيع حصته شائعة اذا سجل المشترى عقدة انتقلت إليه حصة البائع شائعة ويصبح المشترى دون الشريك البائع هو صاحب الشان فى القسمة التى تجرى بخصوص هذه الأعيان اتفاقا أو قضاءاً فإذا تجاهله الشركاء واجروا القسمة مع الشريك الذى باع نصيبه بعقد مسجل فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشترى الذى سجل عقدة قبل تسجيل حكم القسمة . (نقض مدنى جلسة 1975/12/24 لسنة 26ص 1678) .

من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة انه اذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع و كان سابقا على اجزاء القسمة بين الشركاء فان المشترى فى هذة الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة826 من القانون المدنى حتى لو سجل عقدة قبل تسجيل القسمة شريكا فى العقار الشائع و لا يكون له اى حق من حقوق الشركاء وبالتالى لا يلزم تمثيله فى القسمة و متى تمت هذه القسمة بين الشركاء فانها تكون حجة علية ولو لم يكن طرفا فيها ويترتب عليها فى حق المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فيه نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر اليه فاذا وقع القدر المبيع المفرز فى نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر واذا لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى البائع بطريقة القسمة (نقض مدنى جلسة 1981/1/20 السنة ، 3 عدد أول ص 235) .

البطلان المتعلق ببيع المريض مرض الموت :

تنص المادة 477 من القانون المدنى على أن :

إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فان البيع يسرى فى حق الورثة اذا كانت زيادة قيمة المبيع على ثمن لا يتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته .

أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فان البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا اقروه أورد المشترى للتركة بما يفى بتكملة الثلثين .

3. ويسرى على بيع المريض مرض الموت احكام المادة 961جاء بمذكرة المشروع التمهيدىِ" .. وبتطبيق هذة الاحكام (احكام المادة 916) على بيع المريض يتبين افتراض ان هذا البيع وصية و ان الورثة هم اللذين يجب عليهم اثبات ان البيع قد صدر من مورثهم و هو فى مرض ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق و لا يحتج على الورثة بتاريخ البيع اذ لم يكن هذا التاريخ ثابتا فاذا قام الورثة بهذا الاثبات اعتبر البيع صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت ان المشترى قد تعاقد على ثمن فتجرى الاحكام المتقدمة " .

المقصــود بمــرض الموت :

مرض الموت كما يعرفه فقهاء الشريعة الإسلامية و ما استقر عليه القضاء هو الذى يغلب فيه خوف الموت و يعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن دارة وان كان من الذكور وعن رؤية مصالحة داخل داره أن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سوا كان صاحب فراش أو لم يكن و إن امتد مرضه و مضت سنة وهو على حال واحدة كان فى حكم الصحيح و تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه و يتغير حالة ولكن لو اشتد مرضه وتغير حالة و مات قبل مضى سنة يعد حالة اعتبارا من وقت التغير الى الوفاة مرض موت ويتضح من هذا التعريف انه يشترط فى المرض لاعتباره مرض موت توافر ثلاثة شروط : أولها : أن يعقد المريض عن قضاء مصالحه ، وثانيها : أن يغلب فيه الموت وثالثها : أن ينتهى بالموت فعلا اذ من شان توافر هذه العلامات المادية الموضوعية الثلاث وقت التصرف ان تكشف عن اعتقاد المريض بدنو أجله مما يجعله يتخلى عن حرص المرء الطبيعى على عدم التجرد من ماله حال حياته ومن ثم يتقدم على ما لم يكن ليقدم عليه لو كان فى حال صحته من التصرفات المنجزة كالبيع والهبة اذ يسيطر عليه الشعور بان آثار هذه التصرفات لن تنال من مستقبل أيامه بقدر ما تنال ورثته

ومن هنا فانه إذا كان الأصل هى حرية الشخص فى التصرفات المنجزة ولو كان تبرعا بل ولو أدت الى تجرده من كل أمواله حال حياته بتقدير أن الحرص الطبيعى لدى كل إنسان على عدم التجرد من كل أمواله تأمينا لمستقبل أيامه ينطوى على القدر الكافى من الحماية بكامل الأهلية بما يغنى عن تدخل المشرع خروجا على مبدأ سلطان الإرادة فان تجرد الإنسان من هذه الحماية الطبيعية حين يسيطر عليه الشعور بدنو أجله وان كان لا يفقده أهليته إلا انه يستلزم تدخل المشرع لحماية الورثة يجعل التصرفات التى تصدر منه تبرعا وهو تحت تأثير هذا الاعتقاد تأخذ حكم الوصية سواء كان التبرع مكشوفا أو مستترا و من خلال هذا النظر نصت الفقرة الأولى من المادة 961 مدنى على أن كل عمل قانونى يصدر من الشخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا الى ما بعد الموت و تسرى عليه أحكام الوصية كما أقامت الفقرة الثالثة من المادة نفسها من صدور التصرف فى مرض الموت قرينة على انه صدر على سبيل التبرع وان كانت قرينة بسيطة يجوز لمن صدر له التصرف كان بمقابل فإن اثبت ذلك طبق على التصرف حكم المادة 477 (السنهورى بند 175 - مرسى بند 258 و ما بعده - مرقص بند 324 - منصور بند 129 - غانم ص 43 وما بعدها - البدراوى بند 418)

وقد ذهب الدكتور سليمان مرقص على انه : غير لازم لاعتبار المرض مرض موت بل يكفى ان يكون المرض من الامراض التى تسبب الموت عادة كالسرطان او الكوليرا او الذبحة الصدرية ... الخ و ان يعلم المريض ذلك لان المعول علية هو ما يبعثه المرض فى النفس من شعور يدنو الاجل يحمل المريض على ابرام تصرفات ما كان يبرمها لو لم يكن يشعر بذلك كما يلحق بمرض الموت كل الحالات التى تشتبه معه فى العله وهو كل خطير يحيط بالشخص ويجعل موته قريب الاحتمال كالمحكوم عليه بالاعدام و الراكب فى سفينة مشرفة على الغرق والمقدم على تجربة السفر الى القمر او المريخ فى احدى سفن الفضاء ....الخ (عقد البيع ص 544) .

يشترط فى مرض الموت ان يكون المريض قد عجز عن أداء مصالحة العادية المألوفة :

التى يباشرها عادة الأصحاء أى يعجز عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس فان أعجزه عن مباشرة الشاق من أعمال مهنته كما لو كان حمالاً أو حدادا مثلا ولكن لم يعجزه من المألوف من الأعمال بين كافة الناس لم يكن مرض الموت لان ما عجز عنه من الأعمال يعجز عنها أدنى المرض ويلزم يكون المرض هو سبب العجز فإن كان العجز يرجع الى سبب آخر غير المرض ككبر السن لم يعتبر مرض موت لان الشيخوخة ليست فى ذاتها مرضا و إنما هى دور من الأدوار الطبيعية للإنسان ولا يلزم أن يؤدى المرض إلى ملازمة المريض للفراش حتى يعجزه عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس ويكفى ثبوت هذا العجز بوجه عام ولو كان المريض قد اضطر الى الخروج لمباشرة عمل فردى يستلزم خروجه كالانتقال للتصديق على عقد أو الانتقال الى المحكمة للدفاع عن نفسه فى تهمة . (السنهورى بند 176 وهامشه – الهلالى وزكى بند 207 – و قارن مرقص بند 235 والبدراوى بند 417 – و منصور بند 129 – وغانم 44 – شنب بند 13) حيث يرون جميعا الاستغناء عن هذا الشرط بالشرطين الآخرين فيكفى أن يكون المرض ما يغلب فيه الهلاك سواء أقعده صاحبة أو لم يقعده و سواء أعجزه عن قضاء مصالحه المعتادة أو لم يعجزه .

وقد قضت محكمة النقض بان : من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك و يشعر معه المريض بدنو أجله و أن ينتهى بوفاته و إذ نفى الحكم حصول التصرفين فى مرض موت المورث مما استخلصه من أقوال الشهود من ان مرضه لم يكن شديدا يغلب فيه الهلاك إذ انه كان يباشر اعماله العادية خارج منزله وقت صدور التصرفين منه و الى ما قبل وفاته بثلاثة اشهر فإن ذلك من الحكم ليس فيه ما يخالف تعريف مرض الموت وكاف لحمل قضاءه . (1973/2/6 – م .نقض. م –24-151)

ويشترط أيضاً فى مرض الموت أن يغلب الموت على المريض :

أى بحسب السير العادى للأمور فى وقته وان يعلم المريض ذلك لأن المعول عليه هو ما يبعثه المرض فى النفس من شعور بدنو أجله . ومن أمثلة الأمراض التى يسوقها الفقه مرض السرطان والكوليرا والذبحة الصدرية ، وإن كانت مسألة اعتبار المرض مما يغلب فيه الهلاك مسألة موضوعية تختلف من وقت لآخر ويفصل فيها القضاء مستهدياً بظروف الحال وآراء الخبراء ، فإن لم يكن المرض بهذه الخطورة لم يكن مرض موت ولو أعجز صاحبه كمن يصاب بمرض فى عينيه يعجزه عن الرؤية أو فى قدميه يعجزه عن السير ، وكذلك الشأن فى الأمراض الخطيرة التى يغلب فيها الموت ولكنها مزمنه بأن تستقر حالة المرض ويستطيل فترة تكفى لبعث الطمأنينة فى نفس المريض إلى ابتعاد خطر الموت العاجل إذ يعتبر فى هذه الحالة فى حكم الصحيح وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بالرأى الذى يقدر المدة اللازمة لاستقرار حالة المريض بسنة بحيث إذا مضى على المرض سنة دون أن يشتد أو يؤدى إلى الوفاة لم يعتبر مرض موت حتى ولو كان فى ذاته من الأمراض الخطيرة التى يغلب فيها الموت عادة . ولكن المرض حتى توفى المريض قبل مضى سنة على هذا الاشتداد إذ تعتبر فترة الاشتداد مرض موت دون ، الفترة التى سبقتها والتى استقرت فيها حالة المريض ، وقد أخذت بعض أحكام القضاء المصرى بتحديد السنة لاعتبار المرض مستقراً ، فى حين اكتفت بعض أحكامه الأخرى بأن يطول المرض مدة كافية لتوليد الاعتقاد لدى المريض بأنه لم يعد معرضاً لخطر الموت العاجل سواء طالت مدة المرض عن سنة أو قلت عن ذلك (السنهورى بند 177 و 178 ، والأحكام المشار إليها فيه ـ مرقص بند 325 ـ منصور بند 129 ـ البدراوى بند 417 ـ شنب بند 13) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهى بوفاته (1977/13/6 – م نقض ـ 28 ـ 1742) . وبأن : حالة مرض الموت مشروطة شرعاً بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى فى اعتبار أن المورث كان مريضاً مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأنه قعد عن مزاولة أعماله خارج المنزل فى الشهور الستة السابقة بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذى انتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه ، فإن ذلك الحكم يكون قاصراً قصوراً يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت (1964/4/30ـ م نقض م ـ 15 ـ 626)

كما قضت بأن " من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض فيه بدنو أجله وينتهى بوفاته فإذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم براءة صاحبه منه وتكون تصرفات المريض فى هذه الفترة صحيحة .ولا تعد حالته من حالات مرض الموت إلا فى فترة تزايدها واشتداد وطأتها إذ العبرة بفترة الشدة التى تعقبها الوفـاة (1955/4/21ـ م ق م ـ 10 ـ 957 وبنفـس المعـنى فى 1952/5/8 ـ م ق م ـ 5 ـ 956) . وبأن " العبرة فى اعتبار المرض الذى يطول أمده عن سنة مرض موت هى بحصول التصرف خلال فترة تزايده واشتداد وطأته على المريض للدرجة التى يغلب فيها الهلاك وشعوره بدنو أجله ثم انتهاء المرض بوفاته . (1959/6/11 ـ م نقض م ـ 10 ـ 476) . وبأن " المرض الذى يطول أمده عن سنة لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتد وطأته وهو لا يعتبر كذلك إلا فى فترة الشدة الطارئة وحكمة ذلك أن فى استطالة المرض حالة ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة ويلحق المرض بالمألوف من عاداته وإن فيما قد يصيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعره بدنو أجله ، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض هو من الأمور الموضوعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ـ ولا سبيل للجدل أمام محكمة النقض (1950/11/23 ـ 209 س 28 ـ م ق م ـ 6 ـ 956 وبنفس المعنى فى 1951/10/25 ـ م ق م ـ 8 ـ 957) .

والعبرة فى اعتبار التصرف صادراً فى مرض الموت هى بتوافر الشروط المشار إليها وقت التصرف دون اعتداد بالأثر الفعلى لهذا المرض على نفسية المريض أو إدراكه من جهة ، كما أنه لا أثر لحالة المريض النفسية وقت صدور التصرف مادامت لم تتوافر فى حقه فى هذا الوقت شروط مرض الموت :

وقد قضت محكمة النقض بأن : لا يشترط لاعتبار المرض مرض موت أن يكون المرض قد أثر تأثيراً ظاهراً فى حالة المريض النفسية أو وصل إلى المساس بإدراكه " (1956/6/7 ـ م نقض م ـ 7 ـ 687) . وبأنه " الحالة النفسية للمريض من رجاء ويأس وإن كانت الحكمة التى من أجلها قرر الفقهاء قاعدة أن المرض لا يعتبر مرض الموت إذا طال أمده عن سنة إلا إذا اشتد ، إلا أنه لا يسوغ التحدى بحكمة مشروعية هذه القاعدة فى كل حالة للقول بتوافرها أو انعدامها ، واذن فإذا كان الحكم إذ قضى برفض دعوى الطاعنة بشأن بطلان عقد البيع الصادر إلى المطعون عليها من مورثهما وعدم نفاذ تصرفاته لصدورها منه فى مرض موته قد أقام قضاءه على ما استخلصه من أن المورث

وإن كان قد أصيب بشلل نصفى فى أكتوبر سنة 1942 إلا أن مرضه استطال حتى توفى فى أبريل 1944 بسبب انفجار فجائى فى شريان المخ ، وإن التصرفات المطعون فيها صدرت منه بعضهاً فى يوليو وآخرها فى نوفمبر سنة 1943 وأنه وإن كان قد أصيب بنوبة قبل وفاته بمدة تقرب عن ستة شهور إلا أن هذه النوبة ـ التى لم يحدد تاريخها بالدقة ـ كانت لاحقة للبيع وأنه يفرض التسليم بأنهم سبقت التصرفات المطعون فيها بالدقة ـ كانت لاحقة للبيع وأنه يفرض التسليم بأنها سبقت التصرفات المطعون فيها إلا أنها لم تغير من حال المريض إلا تغييراً طفيفاً لم يلبث أن زال وعاد المرض إلى ما كان عليه من استقرار ـ إذا كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك وكان ما اثبته من اشتداد المرض واستطالته وأثره فى حالة المريض مما يستقل بتقديره قاضى الموضوع ، كان النعى عليه أنه أخطأ فى تطبيق القانون بمقولة أنه لم يعتد بالعامل النفسى الذى يساور المريض اذا اعتبر أن الانتكاس لا يكون دليلاً على عدم استقرار المرض إلا إذا كان شديداً فى حين أن المرض الذى ينتهى بالموت ويطول أمده عن سنة يعتبر مرض موت إذا اشتد ، والانتكاس مهما كان طفيفاً دليل على عدم استقرار المرض ـ كان النعى عليه بذلك لا يعدو جدلاً فيما يستقل به قاضى الموضع " (1955/11/3 ـ م ق م ـ 7 ـ 957) .

يشترط فى مرض الموت وجوب تلازم الموت بالمرض :

أى أن يموت المريض فعلاً أثناء المرض فلا تفصلهما حال صحة ، ولكن لا يلزم أن يكون الموت بسبب المرض نفسه لأن العبرة بالحالة النفسية للمريض وقت التصرف وهى يأسه من الحياة ، ولذلك يعتبر التصرف صادراً فى مرض الموت متى صدر أثناء مرض المتصرف بمرض مما يغلب فيه الموت ومات فعلاً قبل أن يزايله الاحساس باليأس من الحياة ولو كان الموت سبب آخر كالحريق أو الغرق أو مرض آخر مفاجئ (السنهورى بند 178 ـ شنب بند 13 ـ منصور 129 ـ البدراوى بند 417 ـ مرقص بند 325 ـ غانم ص 44) .

حالات تعتبر صادرة فى مرض الموت :

يلحق بالمرض الذى يغلب فيه الموت حالات الإشراف على الموت بعارض غير المرض متى تحقق الموت فعلاً كالمحكوم عليه بالإعدام ومن كان فى سفينة على وشك الغرق أو داهمه حريق لا سبيل للنجاة منه ومن عقد نيته على الانتحار والجندى فى ميدان القتال فمتى صدر التصرف من الشخص وهو فى هذه الحالة أخذ حكم التصرف الصادر فى مرض الموت (السنهورى بند 179 ـ مرقص بند 325 ـ البدراوى بند 417 ـ شنب بند 13 ـ غانم ص 44 ـ الهلالى وزكى بند 207)

يجب أن يتمسك صاحب الشأن بالدفع بوقوع التصرف فى مرض الموت على نحو واضح وصريح وجازم : الوارث لا يعتبر فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الحاصل من المورث إلا إذا كان طعنه على شيئاً التصرف هو أنه وان كان فى ظاهره بيعاً منجزاً إلا أنه فى حقيقته يخفى وصية اضرارا بحقه فى الميراث أو أنه صدر فى مرض الموت فيعتبر إذ ذلك فى حكم الوصية لأنه فى هاتين الصورتين يستعد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية من تصرفات مورثه التى قصد بها الاحتيال على قواعد الارث التى تعتبر من النظام العام . أما إذا كان مبنى الطعن فى العقد أنه صورى صورية مطلقة وإن علة تلك الصورية ليست هى الاحتيال على قواعد الارث ، فإن حق الوارث فى الطعن فى التصرفات فى هذه الحالة انما يستمده من مورثه لا القانون ومن ثم لا يجوز له اثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الاثبات ، وإذن فمتى كان الواقع هو أن المطعون عليهم رفعوا الدعوى يطلبون الحكم بتثبيت ملكيتهم إلى حصتهم الشرعية فى تركة مورثهم فتمسك الطاعن بأنه المشترى من والده المورث جزءاً من الأطيان فطعن بعض الورثة فى عقد البيع بالصورية استناداً إلى أن الطاعن كان قد استصدره من والده لمناسبة مصاهرته أسرة طلبت إليه أن يقدم الدليل على كفايته المالية وطلبوا إحالة الدعوى إلى التحقيق لاثبات ذلك بأى طريق من طرق الاثبات بما فيها البينه ، فنازع الطاعن فى جواز الاثبات بهذا الطريق ، وكان الحكم إذ قضى بإحالة الدعوى إلى التحقيق لاثبات مانعاه المطعون عليهم على العقد بأى طريق الاثبات قد أقام قضاء على أنهم يعتبرون من الاغيار أيا كان الطعن الذى يأخذون به على التصرف الصادر من مورثهم للطاعن ـ فإن الحكم إذا أطلق للمطعون عليهم حق اثبات مطاعنهم على هذا التصرف فى حين أن علة الصورية إنما كانت اعطاء الطاعن مظاهر الثراء لتيسير زواجه باحدى العقيلات يكون قد خالف قواعد الاثبات (1950/12/11 ـ م ق م ـ 22 ـ 1002 وبنفس المعنى فى 1952/2/26 ـ م ق م ـ 36 ـ 11004 ـ 1950 ـ م ق م ـ 35 ـ 1004 ـ 1936/2/27 ـ م ق م ـ 23 ـ 1208) . وأنه " لما كان للوارث أن يثبت طعنه فى العقد الذى قصد به الأضرار بحقه فى الارث بأى طريق من طرق الاثبات المقبولة قانونا ، كان للحكم أن يستخلص عدم جدية الثمن الوارد فى العقد من القرائن القائمة فى الدعوى ولو أدى ذلك إلى إهداره اقرار المتصرف فى العقد بأنه قبض الثمن بطريق المقايضة وفاء الدين قال أنه فى ذمته لمورث المشترين ، (1949/1/13 ـ م ق م ـ 37 ـ 1004) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى كان الثابت من أوراق الدعوى أن ما دفع به الطاعنون من أن المورث وقت التعاقد كان فى مرض الموت هو قول عابر ولم يقدموا ما يثبت أنهم طلبوا إلى محكمة الموضوع إحالة الدعوى على التحقيق لاثبات هذا الدفاع أو أنهم قدموا إليها دليلاً عليه كما لم يقدموا ما يثبت أنهم أثاروه لدى محكمة الاستئناف فإنه لا يعيب الحكم المطعون فيه اغفاله الرد على هذا الدفاع الذى تخلى عنه الطاعنون. (1952/2/7 ـ م ق م ـ 20 ـ 959) وبأنه متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة لم تر فيما قاله الطاعن ـ من أن البائعة كانت مريضة مرض الموت عند تحرير عقد البيع إلا مجرد إدعاء غير جدى لأن الطاعن لم يقدم دليلاً أوحتى قرينة على أنها كانت مريضة ، فإن المحكمة بناء على هذه الأسباب السائغة التى أوردتها تكون قد رفضت ضمناً طلب الاحالة إلى التحقيق لاثبات مرض الموت ، وهذا لا خطأ فيه فى تطبيق القانون كى لا يشوبه القصور (1952/11/27 ـ م ق م ـ 22 ـ 1959) " وبأنه " اثبات التاريخ لا يكون إلا باحدى الطرق التى عينها القانون ، ولا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر فى مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً ، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن صدوره كان فى مرض الموت . (1977/12/6 ـ م نقض م 28 ـ 1742) وبأن الوارث يعتبر فى حكم الغير فيما يختص بالتصرف الصادر من مورثه فى مرض الموت اضراراً بحقه المستمد من القاون ، ولذلك فان له أن يطعن على هذا التصرف وان يثبت مطاعنه بجميع طرق الاثبات ، وإذا كان التاريخ المدون بالتصرف غير ثابت رسمياً فإن له ـ مع تمسك الوارث الذى صدر لمصلحته هذا التصرف بهذا التاريخ ـ أن يثبت حقيقة التاريخ بجميع طرق الاثبات أيضـاً (1941/1/23 ـ م ق م ـ 26 ـ 1002) .

إثبات أن التصرف صادر فى مرض الموت يجوز إثباته بكافة طرق الاثبات :

يقع على عاتق ورثة المريض عبء اثبات قيام المرض بشروطه عند التصرف ، ولهم أن يثبتوا ذلك بمختلف طرق الاثبات كما أن لهم أن يثبتوا بنفس الطرق صورية التاريخ العرفى المعطى للتصرف لاخفاء صدوره فى مرض الموت والا قام هذا التاريخ حجة عليهم فإن اثبتوا وقوع التصرف فى مرض الموت أصبحوا من طبقة الغير بالنسبة إليه . ويلجأ الورثة عادة فى الاثبات إلى شهادات الأطباء وأقوال الشهود وتقصى حالة المورث . (السنهورى بند 180 - شنب ص 34 - غانم ص 45 - منصور بند 130- البدراوى بند 419) .

هل يترتب البطلان على صدور التصرف فى حال مرض الموت ؟

لا يترتب على صدور التصرف حال مرض الموت بطلان التصرف ، فيظل قائماً صحيحاً نافذاً بين طرفيه، ولا يكون للورثة الطعن فيه حال حياة المورث لأن صفتهم كورثة لا تقوم فيهم إلا بعد وفاة المورث المصرف ولا يجوز للمورث المتصرف الطعن حال حياته بعدم نفاذ التصرف أو بطلانه لصدوره فى مرض الموت لأن المرض لا يعتبر مرض موت إلا إذا أعقبه الموت فعلاً ولكن يجوز له أن يطعن فى التصرف بالغلط الباعث بأن يثبت أنه انما تصرف وهو فى مرض يغلب فيه الموت تحت تأثير اعتقاده بأنه موشك على الموت بحيث لو اعتقد سيشفى ما أقدم على التصرف (السنهورى ص318).

كما يعتبر وقوع التصرف حال مرض الموت من أمور الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع متى أقامت حكمها على أسباب سائغة وبشرط أن تضمن حكمها نوع المرض : وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية فى التقدير ان المورث لم يكن مسلوب الارادة ولا مريضاً مرض الموت وقت صدور التصرف ولذلك فانه يأخذ حكم تصرف السليم وكان ما استخلصه فى هذا الشأن لا يخالف الوقائع الثابته التى استندت إليها وتضمنت الرد الكافى على ما أثاره الطاعنون فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى القانون والقصور يكون فى غير محله . (1960/6/23 ـ م نقض م ـ 11 ـ 432 وبنفس المعنى فى 1949/1/13 ـ م ق م ـ 19 ـ 959 ، 1953/12/10 ـ م ق م ـ 13 ـ 958 ، وبأنه متى كان الحكم المطعون فيه إذ اعتبر أن المورث كان مريضاً مرض موت وقت تحريره عقدى البيع الصادرين منه إلى زوجته قد اقتصر على تقرير أن المورث كان مريضاً مرضاً انتهى به إلى الوفاة دون ان يبين نوع هذا المرض وهل كان الهلاك غالبا فيه وقت حصول التصرف المطعون فيه وهو بيان لازم لمعرفة هل يصح اعتباره مرض موت أم لا فإنه يكون مشوباً بالقصور فى أسبابه بما يبطله . (1951/6/7 ـ م ق م ـ 12 ـ 958 وبنفس المعنى فى 1950/1/12 ـ م ق م ـ1 ـ 957) .

التصرف الصادر فى مرض الموت يخضع لحكم المادة 916 مدنى :

التصرف الصادر فى مرض الموت يخضع لحكم المادة 916 ولا ينفذ فى حق الورثة فمتى اثبت الورثة بعد وفاة المورث صدور التصرف حال مرض الموت خضع التصرف لحكم المادة 911 التى تجعل من صدور التصرف حال مرض الموت قرينة على أنه تبرع ومن ثم لا يخضع لأحكام الوصية ما لم يثبت المتصرف اليه ان التصرف تم مقابل على ألا يستند فى ذلك إلى ذكر الثمن فى العقد أو اقرار المتصرف ـ بقبضة لأنه اقرار صادر حال مرض الموت فلا يعتد به ولقيام شبهة التواطؤ على تصوير دفع مقابل شهراً للتبرع (مرقص بند 329 ـ السنهورى بند 183 ـ البدراوى بند 411 وهامشه) والعبرة فى تحديد الورثة الذين لهم حق الطعن على التصرف بوقت وفاة المتصرف دون نظر لوقت التصرف الهلالى وزكى بند 211 ـ السنهورى بند 184) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : مادام قد ثبت لمحكمة الموضوع أن التصرف الحاصل من المورث لم يكن بيعاً منجزاً وأن المقصود به هو الوصية فلا يغنى عن ذلك أن يكون العقد قد صدر من المورث وهو فى تمام أهليته وهو فى غير مرض الموت (1956/4/26 ـ م نقض م ـ 7 ـ 553) وبأنه "التحايل الممنوع على أحكام الارث لتعلق الارث بالنظام العام هو ما كان متصلاً بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعاً، كاعتبار شخص وارثاً وهو غير وارث أو اعتباره غير وارث وهو فى واقع الأمر وارث ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة كايجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعاً أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية ويترتب على هذا بداهة أن الهبة الصادرة من المورث فى حال صحته لأحد الورثة تكون صحيحة لخروجها من نطاق التعريف ـ بالتحليل على قواعد الارث على ما ذكر هذا والاعتراض بأن الوارث يعتبر من الغير بالنسبة إلى التصرفات الضارة به الصادرة من المورث لأحد ورثته لا محل له متى كان التصرف منجزاً ، إذ القانون لا يحرم مثل هذا التصرف على الشخص كامل الأهلية ولو كان فيه حرمان ورثته لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث قبل وفاته أما ما كان قد خرج من ملكة حال حياته فلا حق للورثة فيه " (1948/12/23 ـ م ق م ـ 20 ـ 1001) وبأنه " الإقرار بدين الحاصل فى مرض الموت لغير وارث على سبيل التبرع يصح اعتباره فى حكم الوصية فينفذ فى ثلث التركة (1950/4/27 ـ م ق م ـ 7 ـ 1204)

وقضت بأنه إذ كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة التصرفين فى حدوث ثلث كل منهما ـ باعتبار انهما صادرين فى مرض موت المورث ـ دون أن يستظهر عناصر التركة التى خلفها المورث أو يعنى ببحث ما اذا كانت التركة محملة بديون للغير لم لا مع أن هذا البيان لازم لتقدير الثلث الذى تخرج منه الوصية على النحو الذى يتطلبه القانون ـ لما كان ذلك فان الحكم يكون فوق خطئه فى تطبيق القانون قد جاء قاصراً عن بيان الأسباب التى استند إليها فى تقييم القدر الجائز الايصاء به (1977/12/6-م نقض م – 28- 1742) وبأنه " البيع فى مرض الموت لاجنبى يختلف حكمه فان ثبت أنه هبة مستورة أى تبرع محض فحكمة أنه وصية لا تنفذ إلا فى ثلث تركة البائع وان ثبت انه عقد صحيح مدفوع فيه الثمن ولكن فيه شيئاً من المحاباه فله حكم آخر . وعلى ذلك فإذا دفع ببطلان عقد بيع لكونه مزوراً على البائع أو لكونه على الأقل صادراً فى مرض موته وقضت محكمة الدرجة الأولى باحالة الدعوى على التحقيق لاثبات ونفى صدور العقد فى مرض الموت واستؤنف هذا الحكم التمهيدى فقضت محكمة الدرجة الثانية بإلغائه وتصدت لموضوع الدعوى فحكمت فيه بصحة العقد على أساس أن المشترى ليس وارثاً وإن لا محل إذن لتحقيق صدور العقد فى مرض الموت إلا إذا كان ثمة محاباة فى الثمن تزيد على ثلث مال البائع فى حين أن الطاعن فى العقد بنى طعنه على أن هذا العقد إنما هو تصرف بطريق التبرع الذى لم يدفع فيه ثمن ، فحكمها على أساس ذلك التوجيه ، وهو تصحيح عقد البيع واعتباره عقد بيع حقيقى فيه الثمن مدفوع فعلاً مع عدم بيان الأسباب التى دعتها إلى رفض ما ادعاه الطاعن من عدم دفع الثمن ولا الأسباب التى اقنعتها بدفع هذا الثمن هو حكم باطل لقصور اسبابه " (1934/4/26 ـ م ق م ـ 15 ـ 958)

ومتى أثبت المتصرف إليه أو كل ذى شأن أن التصرف تم بمقابل خضع التصرف لحكم المادة 477 . فإن كان المقابل لا يقل عن قيمة المبيع أى ثمن المثل وقت الوفاة نفذ البيع فى حق الورثة دون حاجة إلى اجازتهم ، أما إذا كان يقل عن هذه القيمة فإن القدر المحابى به يعتبر وصية فإن كان النقص لا يجاوز ثلث التركة بقيمتها وقت الموت وداخلاً فيها قيمة المبيع وقت الموت كذلك فقد البيع أيضاً فى حق الورثة دون حاجة إلى اجازتهم باعتبار ما نقص فى الثمن وصية جائزة اما إذا جاوز النقص يلي التركة بقيمتها وقت الوفاة وداخلا فيها قيمة المبيع وقت الوفاة

كذلك فلا ينفذ البيع فيما تجاوز ثلث التركة إلا باجازة الورثة أى باقرارهم له فإن لم يفعلوا وجب على المتصرف إليه ان يرد إلى التركة ما جاوز ثلث التركة من نقص الثمن أى ما يكمل ثلثى التركة . (السنهورى بند 84 وما بعده ـ شنب بند 14 - البدراوى بندى 431 ، 432 ـ غانم ص 45 و ما بعدها مرقص بند 330)

إذا لم يرد المتصرف إليه ما جاوز ثلث التركة سواء كان كل القيمة إذا كان التصرف تبرعاً أو القدر المحابى به فى الثمن إذا كان معاوضه ، كان للورثة أن يستوفوا ما يستكمل ثلثى التركة من العين التى تصرف فيها المريض ولهم فى هذا السبيل بيع العين تحت يد الغير الذى قد تكون العين آلت إليه عن طريق المتصرف إليه . وذلك مع مراعاة حكم المادة 478 .

هل يعتد بإقرار الورثة الصادر قبل موت المورث ؟

لا يعتد بإقرار الورثة الصادر قبل موت المورث لأن حقهم فى الارث بالتالى فى الاقرار لا يثبت لهم الا بوفاة المورث المتصرف ولا يجوز لهم النزول عن الحق قبل قيامه . وإذا أقر التصرف بعض الورثة دون البعض الآخر نفذ فى حق من أقروه بنسبة أنصبتهم فى الميراث ولم ينفذ فى حق الآخرين ويجب أن يكون الوارث المجيز للقدر المحابى به اهلا للتبرع وعالماً بالعيب . (مرقص بند 330 ـ البدراوى 422 ـ السنهورى هامش بند 185) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : البيع الصادر فى مرض الموت لابنه البائع يكون صحيحاً فى حق من اجازة من الورثة ولو قضى ببطلانه بالنسبة لمن لم يجزه منهم . فإذا امتنع من أجاز البيع عن تسليم بعض الأطيان الواردة فى العقد إلى المشترية بدعوى أنها من نصيبه فى التركة فإن الحكم عليه بتثبيت ملكيتها لهذه الأطيان يكون صحيحاً ولا مخالفة فيه للقانون (1937/5/30 ـ 7 ـ سنة 7 ـ م ق م ـ 17 ـ 958) وبأنه متى كان الحكم المطعون فيه لم يأخذ بما نص عليه فى عقد البيع المقول بصدوره من مورث الخصوم إلى ولده الطاعن فى فترة مرض موته من دفع الثمن قد استند إلى ما يتبينه من مجموع التحقيقات وظروف الدعوى وملابساتها وكان الطاعن لم يقدم ما يثبت أن تحدى لدى محكمة الموضوع بأنه دفع مقابلاً لما اشتراه فان ما ينعاه عليه الطاعن من بطلان لاستناده إلى وقائع لا تتفق مع الأوراق المقدمة فى الدعوى ولا تؤدى إلى ما انتهى إليه فيها يكون فى غير محله (1951/5/3 ـ 88 سنة 19 ـ م ق ـ 18 ـ 1958) وبأنه " متى كان الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه لمخالفته للقانون اذ اعتبر عقد البيع الصادر له فى مرض موت المطعون فيه باطلاً بأكمله فى حين أن القانون يقضى باحترامه فى حدود ثلث التركة وكان المطعون عليه قد رد على هذا النعى بأن الطاعن لن يتمسك لدى محكمة الموضوع بما تضمنه فهو والحالة هذه سبب جديد لا تجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض فإن هذا القول يكون فى غير محلة متى كان يبين من الأوراق أن الطاعن طلب رفض دعوى المطعون عليه ونفاذ العقد الصادر إليه من الورثة فى كل مال التركة . وهذا الطلب الأعم يشمل الأقل منه وهو نفاذ العقد فى ثلث التركة ومن ثم يكون الدفع بعدم قبول هذا السبب على غير أساس " (1952/10/16 ـ م ق م ـ 484 ـ 1143) .

كما قضت بأن : توقيع المطعون عليه الأول كشاهد على عقدى البيع ـ المطعون فيهما بصدورهما فى مرض الموت ـ فى وقت لم يكن قد أصبح فيه وارثاً لا يعدو أن يكون شهادة بصحة صدورهما من المورث ولا يعتبر اجازة منه للعقدين . لأن هذه الإجازة لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث . إذ أن صفة الوارث التى تخوله حقاً فى التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة . كما أن توقيعه على العقدين لا يفيد صحة التاريخ المعطى لكل منهما إذا لم يكن وارثاً وقعت توقيعه كشاهد طبقاً لما تقدم ذكره (1977/12/6 فى الطعن 816 سنة 43ق)

ما هو الحكم إذا طلق المريض مرض الموت زوجته فهل يقع الطلاق وهل يكون لها الحق فى الميراث باعتبار أنه بهذا الطلاق فاراً هارباً من الميراث ؟

وفقاً لقانون المواريث إذا طلق المريض مرض الموت زوجته طلاقاً بائناً وقع الطلاق وورثته مطلقته رغم ذلك باعتباره فاراً من الميراث .

وقد قضت محكمة النقض بأن : المريض مرض موت إذا طلق زوجته ثم مات ومطلقته فى العدة يعتبر ـ متى توافرت الشروط ـ بطلاقه فاراً من الميراث و تقوم المظنه على أنه طلق زوجته طلاقاً بائناً فى مرض الموت قاصداً حرمانها من حقها الذى تعلق بماله منذ حلول المرض به بمعنى ان الطلاق البائن ينبىء بذاته بغير دليل اخر على هذا القصد فرد المشرع عليه قصده و ذلك دون ما حاجة للبحث عن خبايا نفس المريض و استكناء ما يضره " (نقض 1976/1/17 – 146) وبانه " مؤدى نفس المادة 3/11 من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943 ان المشرع الوضعى قرر اخذ بالمذهب الحنفى ان ما كان مريضا مرض موت وطلق امراته بائنا بغير رضاها و مات حال مرضه والزوجة لا تزال فى العدة فان الطلاق البائن يقع على زوجته و يثبت منه من حين صدوره لانه أهل لإيقاعه الا انها ترثه مع ذلك بشرط ان تكون أهلا لإرثه من وقت إبانتها الى وقت موته الى ان المطلقة بائناً لا ترث لانقطاع العصمة بمجرد الطلاق استنادا الى انه لما أبانها حال مرضه اعتبر احتياطيا فر و هاربا فيرد عليه قصده لها و يثبت لها الارث " (1976/1/7 – م نقض م – 27 –146) .

مدة سقوط عدم نفاذ التصرف :

تسقط دعوى عدم نفاذ التصرف بمضى خمسة عشر سنة من وقت الوفاة . (الهلالى وزكى بند 18 ـ السنهورى هامش من 181) .

وتسرى أحكام تصرف المريض مرض الموت على جميع المصريين على اختلاف دياناتهم ولكنها لا تسرى على الأجانب اذ أنها ترجع إلى أحكام الوصية وهى أحكام عامة تسرى على جميع المصريين ولكن وفقاً للمادة 17 فإن الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت يحكمها قانون الموصى أو المتصرف (البدراوى بند 424 ـ مرقص بند 333) .

لا يشترط فى مرض الموت لزوم صاحبه الفراش :

لا يشترط فى مرض الموت لزوم صاحبه الفراش على وجه الاستمرار والاستقرار بل يكفى أن يلازمه وقت اشتداد العله به ـ كما لا يشترط فيه أن يؤثر على سلامه ادراك المريض أو ينقص أهليته للتصرف ـ ومن ثم فإن ذهاب المورث إلى المحكمة واقراره بصحة توقيعه على العقود المطعون عليها لا يمتنع معه اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديداً يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلاً بموته . (نقض مدنى جلسة 1964/3/26 السنة 15 عدد أول ص 395) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : حالة مرض الموت مشروطة شرعاً بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى فى اعتبار أن المورث كان مريضاً مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأنه قعد عن مزاولة أعماله خارج المنزل فى الشهور الستة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذى انتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه ، فإن ذلك الحكم يكون قاصراً قصوراً يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت . (نقض مدنى جلسة 1964/4/30 السنة 15 عدد ثان ص626) . وبأنه " ان الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهى بوفاته ، وإذ نفى الحكم حصول التصرفين فى مرض موت المورث مما استخلصه من أقوال الشهود من أن مرضه لم يكن شديداً يغلب فيه الهلاك ، إذ أنه يباشر أعماله العادية خارج منزله وقت صدور التصرفين منه وإلى ما قبل وفاته بثلاثة أشهر ، فإن من الحكم ليس فيه ما يخالف تعريف مرض الموت وكاف لحمل قضائه ". (نقض مدنى جلسة 1973/2/6 السنة 24 عدد أول ص 151) .وبأنه " لا يشترط لاعتبار المرض مرض موت أن يكون المرض قد أثر تأثيراً ظاهراً فى حالة المريض النفسية أو وصل إلى المساس بإدراكه ." (نقض مدنى جلسة 1956/6/7 السنة 7 مجموعة القواعد القانونية الجزء الثالث ص 682 بند 1) .

البطلان المتعلق بالأحوال الشخصية :

فقد أوردت محكمة النقض أمثلة عديدة للبطلان المتعلق بالأحوال الشخصية فقد قضى بأن "مفاد نص المادة 178 من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968 - الذى صدر الحكم المطعون فيه فى ظله - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن بيان اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية ليس من البيانات الأساسية التى يترتب على إغفالها بطلان الحكم اكتفاء بإبداء النيابة رأيها بالفعل فى مذكراتها وكانت النيابة قد أبدت رأيها فى القضية واثبت ذلك فى الحكم فإن النعى عليه بالبطلان لخلوه من بيان اسم عضو النيابة يكون على غير أساس " (الطعن رقم 6 سنة 44 ق " أحوال شخصية " جلسة 1976/1/7 س 27 ص157) وبأنه " بطلان الزواج ، هذا الجزاء على عدم استجماع الزواج شروط قيامه وهو ينسحب عن الماضى بحيث يعتبر الزواج لم يقم أصلا وهو بهذه المثابة يفترق عن انحلال الزواج بالتطليق الذى يفتقر قيام الزواج صحيحا مستوفيا أركانه وشروطه القانونية فيعد إنهاء للزواج بالنسبة للمستقبل مع الاعتراف بكل آثاره فى الماضى " مصريين غير مسلمين " (الطعن رقم 20 سنة 45 ق " أحوال شخصية" جلسة 1976/12/15 س 2 ص 1749) وبأنه " سبب الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو الواقعة التى يستمد منها المدعى الحق فى الطلب وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التى يستند إليها الخصوم ، لما كان ذلك وكان سبب الدعوى حدده المطعون عليه - المدعى - بما اتضح له من أن الطاعنة كانت ثيبا عند الدخول وأنها أقرت بسبق الاعتداء عليها وإزالة بكارتها قبل الزواج وانه طالبها بالانفصال فامتنعت دون وجه حق ، فان ذلك لا ينم عن إقراره بصحة الزواج ، لما كان ما تقدم وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد كيف الواقعة المطروحة عليه - دون أن يضيف إليها جديدا - بأنها فى حقيقتها طلب بإبطال الزواج وليست طلبا بالتطليق فانه لا يجوز الطعن عليه بأنه قد غير سبب الدعوى من تلقاء نفسه ويكون نسبة الخطأ فى تطبيق القانون إليه على غير أساس " (الطعن رقم 20 سنة 45 ق " أحوال شخصية " جلسة 1976/12/15 س 2 ص 1749)

كما قضى بأن " لئن كانت النيابة العامة بعد صدور القانون رقم 628 لسنة 1955 أصبحت طرفا اصليا فى قضايا الأحوال الشخصية التى لا تختص بها المحاكم الجزئية ، إلا إن القانون وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لم يوجب على النيابة إبداء رأيها في كل خطوة من خطوات الدعوى ولا فى كل جزئية من جزئيات النزاع وإنما أوجب إبداؤها فى القضية على أى وجه ، وإذا كان الطاعنان لا يجادلان فى أن النيابة قد أبدت رأيها فى الدعوى قبل صدور الحكم بإحالة الدعوى إلى التحقيق أمام محكمة الاستئناف فان عدم إبدائها رأيها عقب سماع الشهود يكون محمولا على أنها لم تجد فى الدعوى ما يدعوها لتغيير رأيها السابق أو الإدلاء بقول جديد ، لما كان ما تقدم ، وكان محل للقول بان مذكرة النيابة كانت من بين العمد التى أقام عليها الحكم المطعون فيه قضاءه لان دورها فى هذا المجال لا يخرج عن المعاونة بإبداء الرأى للمحكمة من وجهة نظر القانون المجردة دون أن يكون مقيدا لها ، فإن النعى بالبطلان يكون على غير أساس " (الطعن رقم 12 سنة 45ق " أحوال شخصية " جلسة 1976/6/9 س27 ص1327)وبأنه " ما ورد فى الفقرتين 12-13 من القانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بأحكام الولاية على المال من وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية إذا أراد الوصى رفع الدعوى أو إقامة طعن من الطعون غير العادية إنما قصد به – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – رعاية حقوق ناقص الأهلية ، والمحافظة على أموالهم ، ومن ثم فهو إجراء شرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به " (الطعن رقم 537 سنة 29 ق جلسة 1976/1/19 س 27 ص 471) وبأنه " وإن كان توثيق الزواج بغير المسلمات يخرج عن اختصاص الماذونين الشرعيين طبقا للمادتين 19/18 من لائحة الماذونين إلا أن عقد التصادق على الزواج – الذى قام به الماذون بين زوج مسلم وزوجة كتابية – لم يقع باطلا بطلانا جوهريا إذا اتفق المتعاقدان فيه على الزواج وان كان من الجائز أن يطرأ عليه البطلان حيث يتضح أن الزوجة لم تكن مسلمة وانه لم تتبع الإجراءات الخاصة بالشكل الذى أوجب القانون إتباعها ، ويجوز إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات اعتبارا بان ديانة الزوجة واعتبارها مسلمة ضمنا تبعا لتوثيق عقد الزواج بمعرفة الماذون لا يمكن اعتبارها من البيانات التى قام بها محرره فى غير حدود مهمته " (الطعن رقم 19 سنة 41 ق " أحوال شخصية " جلسة 1977/4/27 س28 ص 1084) وبأنه " الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية وجوب إيداع صور رسمية من الحكم الابتدائي متى أحال إليه الحكم المطعون فيه إغفال ذلك أثره ، بطلان الطعن لا محل لإعمال هذا الجزاء متى استحال الحصول على هذه الصورة " (الطعن رقم 29 سنة 46 ق جلسة 1979/3/7 س 30 ع1 ص 753)

وبأنه " مفاد المادتين 871-878 من الكتاب الرابع من قانون المرافعات أن المشرع أوجب نظر الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية للأجانب فى غرفة المشورة ، وقد أفصحت المذكرة الإيضاحية للقانون 126 لسنة 1951 الذى أضاف الكتاب الرابع إلى قانون المرافعات بأنه بنظر المحكمة الطلب فى غرفة مشورة تتوافر بذلك السرية الواجبة لمسائل قد تكون أولى المسائل بذلك ، مما مفاده أنه يقصد بغرفة المشورة عقد الجلسة سرية بالنظر لان قضايا الأحوال الشخصية تدور حول حالة الشخص وأهليته ونظام الأسرة ، وهى كلها مسائل يجب أن تعرض فى أضيق نطاق وإلا تلوك الألسن ما يدور فيها ، وإذا اقتضت إرادة المشرع وجوب نظرها فى غير علنية ، ولما كان هذا الإجراء يتعلق بنظم التقاضى الأساسية ويتصل بالنظام العام فانه يترتب على مخالفته بطلان الأحكام الصادرة فى هذه الدعاوى يؤيد هذا النظر أن الأصل فى الجلسات أن تكون علنية وان تجرى المرافعة عليها علنا ، ولما لهذه القاعدة الأصلية من أهمية بالغة ولما فيها من فان حقوق الدفاع المقسمة لم يكتف المشرع بالنص عليها فى المادة 101 من قانون المرافعات الواردة فى الأحكام العامة بل ضمنها دساتير الدول المتعاقبة وأخرها فى المادة 169 من دستور جمهورية مصر العربية فى سنة 1971 لتكون بعيدة عن امكان العبث بها فإذا ما عنى بإبراز وجوب السرية فى أحوال معينة فإنها فى حدود هذا النطاق تعتبر من القواعد الأساسية فى المرافعات التى تصم الحكم عند تخلفها بالبطلان دون حاجة إلى النص عليها صراحة ، ودون امكان القول فى شانها بتحقيق الغاية من الإجراء فى معنى المادة 20 من قانون المرافعات يظاهر هذا أن المادتين 869-870 الواردتين فى الكتاب الرابع من قانون المرافعات الحالى رسما طريقا لرفع الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية للأجانب يخالف الطريق المعتاد فى كل الدعاوى المنصوص عليها فى المادة 63 وما بعدها فلا تعلن عريضة الدعوى فيها إلى الخصم وإنما يتولى قلم الكتاب إعلانها إلى المدعى عليه على نماذج خاصة روعى الاختصار فيها على ذكر موجز الطلب إمعانا فى السرية وحفاظا على الحرمات والأسرار لما كان تقدم وكان النزاع فى الدعوى يدور حول ثبوت نسب صغيرة تدعى زوجة مصرية لأب كويتي الجنسية وبهذه المثابة يتعلق هذا النزاع بمسالة من مسائل الأحوال الشخصية للأجانب مما كان يوجب عقد الجلسة السرية

وكان الثابت فى محاضر الجلسات أن الاستئناف نظر فى جلسات علنية فإن الحكم يكون مشوبا بالبطلان " (الطعن رقم 14 سنة 46 ق " أحوال شخصية " جلسة 1978/2/8 س 29 ص 426)وبأنه " حظر تعدد الزوجات قاعدة أصلية فى المسيحية على اختلاف مللها وطوائفها وجوب اعتبار الزواج الثانى المعقود حال قيام الزوجة الأولى باطلا ولو رضى به الزوجان ، لهما ولكل ذى شان حق الطعن فيه " (الطعن رقم 16 سنة 48 ق " أحوال شخصية " جلسة 1979/1/17 س 30 ع1 ص 276)

وقضت أيضا بأن " النص فى المادة 781 من قانون المرافعات الواردة فى الفصل الثانى من الباب الأول من الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، والنص فى المادة فى المادة 878 من ذات القانون – يدلان أن المشرع أوجب نظر الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية فى غرفة مشورة ، ومؤدى هذا أن يكون نظر هذه الدعاوى فى جلسات سرية ، وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 126 لسنة 1951 الذى أضاف الكتاب الرابع إلى قانون المرافعات هذا المعنى بقولها أن تنظر المحكمة الطلب فى غرفة مشورة تتوافر به السرية الواجبة لمسائل قد تكون أولى المسائل بذلك ، وبذا يتعين وجوب نظرها فى غير علانية ، ولما كان مراعاة السرية فى هذا الخصوص هو أمر من النظام العام المتعلقة بنظم التقاضى ، فانه يترتب على مخالفته بطلان الأحكام الصادرة فى هذه الدعاوى ، دون حاجة للنص عليه صراحة ، لما كان ما تقدم وكان طلب سلب ولاية المطعون عليه والمحكوم فيه بالحكم المطعون فيه من طلبات الأحوال الشخصية للولاية على المال التى يجب أن تنظر فى جلسة سرية وكان الثابت من محاضر الجلسات انه نظر أمام محكمة الاستئناف فى جلسة علنية فانه يترتب على ذلك بطلان الحكم المطعون فيه " (الطعن رقم 23 سنة 48 ق " أحوال شخصية " جلسة 1980/3/19 س 31 ص 854) وبأنه " المقرر فى فقه الأحناف لكى يكون الزواج صحيحا له وجود يحترمه الشارع ويرتب عليه آثاره الشرعية أن تكون المرأة محلا لعقد الزواج عليها بالنسبة لمن يريد زواجها ، وان يحضر زواجها شاهدان لما كان ذلك زنا الزوجة أن ثبت ، لا يؤثر فى محليتها لزوجها ولا يحرمها عليه أو يبطل عقد زواجها وكان الثابت فى الأوراق أن عقد زواج الطاعنة بالمطعون ضده ، تم صحيحا فان الحكم المطعون فيه إذا أيد حكم محكمة أول درجة

فيما ذهب إليه من أن زنا الزوجة يؤدى إلى بطلان عقد زواجها فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " (الطعن رقم 14 سنة 58ق "أحوال شخصية " جلسة 1991/1/15) وبأنه " مفاد المادتين 27 ، 41 من مجموعة القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط والأرثوذكس الصادر فى سنة 1938 أن العنة وهى انعدام المقدرة الجنسية انعداما كاملا تعتبر مانعا من موانع انعقاد الزواج إذا كانت سابقة عليه ومتحققة وقت قيامه سواء كان العجز الجنسى نتيجة عنه عضوية و مرده إلى بواعث نفسية لان هذا المانع يتصل بأمر واقع يتعلق بالشخص ويجعله غير صالح للزواج فيكون عقد الزواج باطلا بطلانا مطلقا " (الطعن رقم 51 سنة 51 ق " أحوال شخصية " جلسة 1982/12/21 س 33 ص1227) وبأنه " الإجازة الضمنية لعقد البيع القابل للإبطال من أعمال التصرف لا يملكها القيم على المحجور عليه ولا الوصى على القاصر إلا بإذن من محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال ، أثره ، عدم اعتبار سكوت القيم عن طلب إبطال العقد الصادر من المحجور عليه إجازة ضمنية له " (الطعن رقم 1261 سنة 52 ق جلسة 1987/1/14) وبأنه " ما ورد فى الفقرتين 12 ، 13 من القانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال من وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية إذا ما أريد رفع دعوى أو إقامة طعن من الطعون غير العادية إنما قصد به – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – رعاية حقوق ناقصى الأهلية والمحافظة على أموالهم ومن ثم فهو إجراء شرع لمصلحة هؤلاء دون خصوهم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به " (الطعن رقم 145 سنة 48 ق " أحوال شخصية " جلسة 1981/4/9 س32 ص1085) وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه كلما كانت القضية تتعلق بالأحوال الشخصية مما تختص بنظرها المحاكم الابتدائية طبقا للقانون رقم 462 لسنة 1955 الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والملية فان تدخل النيابة العامة يكون واجبا عن نظرا النزاع وإلا كان الحكم الصادر فيه باطلا يستوى فى ذلك أن تكون الدعوى أصلا من دعاوى الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الابتدائية أو أن تكون قد رفعت باعتبارها دعوى مدنية أثيرت فيها مسالة تتعلق بالأحوال الشخصية إلا انه متى أقيمت الدعوى بطلب تمكين الطاعنين من نصيبهم فى تركة المتوفى على سند من انهم يمتلكونها بالوصية الواجبة وخلت الخصومة من ثمة نزاع حول صفتهم هذه فان الدعوى لا تكون مما أوجب المشرع على النيابة العامة أن تتدخل فيها " (الطعن رقم 788 سنة 59ق جلسة 1993/5/9)

وبأنه " النص فى الفقرة الأولى من المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 تعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية على أنه " يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما " يدل على انه يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين رشيدين من أهل الزوجين إن أمكن فان لم يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضى أجنبيين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح ، لما كان ذلك وكان المقرر وفقا لنص المادة الخامسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 إلغاء المحاكم الشرعية والملية فى الأحوال التى لم يرد بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بتعين اتباع الأحكام المقررة فى قانون المرافعات ، وإذا كانت تلك القواعد لم تتضمن القواعد الخاصة عدم صلاحية المحكمين فانه يتعين إعمال القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات فى هذا لا شأن وكان نص المادة 503 من قانون المرافعات قد جرى على أن " يرد المحكمين لذات الأسباب التى يرد بها القاضى أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم ، ويرفع طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر الدعوى فى ميعاد خمسة أيام من يوم إخبار الخصم بتعيين المحكم " وكان الثابت أن وكيل الطاعن طلب ترشيح المحكمين من مكتب توجيه الأسرة ولم يعترض الطاعن على تعيين حكم المطعون ضدها شاهدها فى النزاع موضوع التحكيم بل مثل أمامه وأبدى دفاعه كاملا دون أن يتخذ الإجراءات التى نص عليها القانون فى رد المحكمين فإن النعى على الحكم المطعون فيه البطلان لاتخاذه من تقرير المحكمين الباطل سندا لقضائه يكون على غير أساس " (الطعن رقم 50 سنة 59ق "أحوال شخصية" جلسة 1992/2/25)

البطلان المتعلق بالهبة :

بطلان الهبة لاختلال الشكل :

اختلال شكل الهبة : يختل شكل الهبة فى العقار إذا لم توثق الهبة فى ورقة رسمية أو إذ وثقت ولكن الورقة الرسمية كانت باطنة لسبب من أسباب بطلان لأوراق الرسمية ، ويختل شكل الهبة فى المنقول إذ لم توثق الهبة فى ورقة رسمية صحيحة ولم يقم الموهوب له فى الوقت ذاته بقبض المنقول حتى تصبح الهبة هبه يدوية .

جزاء اختلال الشكل هو البطلان المطلق : فإذا اختل شكل الهبة فى العقار أو فى المنقول ، فإن الهبة تكون باطلة بطلانا مطلقا ، ولا تنتج أثرا فيبقى المال الموهوب ملكا للواهب يستطيع ان يتصرف فيه كما يريد ، ولا ينتقل الملك الى الموهوب له فلا يستطيع هذا أن يطالب بتسليمه المال ولا يستطيع أن ينصرف فيه .

ويجوز للواهب أن يرفع دعوى البطلان ، وان يتمسك بالبطلان دفعا فى دعوى يرفعها عليها الواهب ، كما يجوز لأى ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، فيتمسك به ورثة الواهب ، والخلف الخاص كمشتر من الواهب ، وإذا كان الواهب قد سلم الشئ الموهوب للموهوب له ، وانقضت دعوى البطلان بالتقادم ، جاز للواهب أن يرفع دعوى استحقاق يسترد بها العقار ، ولا يستطيع الموهوب له أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم ن فإن الدفوع لا تتقادم . (السنهورى ، مرجع سابق)

والبطلان فى الأصل لا تلحقه الإجازة : ولما كان بطلان الهبة لعيب فى الشكل هو بطلان مطلق كما قدمنا ، فإن الهبة الباطلة على هذا النحو لا تصححها الإجازة وكل ما يستطيع المتعاقدان عمله هو أن يعيدا إبرام العقد من جديد فيستوفيا الشكل المطلوب وعند ذلك تتم الهبة ، ولكنها هبه جديدة غير الهبة الأولى الباطلة ، تاريخها من وقت استيفاء الشكل لا من وقت الهبة القديمة ، ويشترط توافر الأهلية فى المتعاقدين عند عمل الهبة الجديدة ولا يكفى توافرها وقت إبرام الهبة القديمة .

فإذا كان الموهوب منقولا ولم توثق الهبة فى ورقة رسمية أو وثقت فى ورقة رسمية باطلة ولكن الواهب اعتقد أن الهبة صحيحة وأنها تلتزمه بتسليم المنقول إلى الموهوب له ، فقبضه هذا منه ، ولم يكن فى تنفيذ الهبة على هذا النحو إجازة للهبه الباطلة ، فان هذه الهبة لا تلحقها الإجازة ، ويستطيع الواهب فى هذه الحالة ان يسترد المنقول الذى وهبه ولا يجوز للموهوب له أن يدفع بعدم جواز الاسترداد أن الواهب قد نفذ الهبة استنادا إلى المادة 489 مدنى ، فإن الواهب هنا لم ينفذ الهبة مختارا وهو عالم ببطلانها وشرط عدم الاسترداد تطبيقا للمادة 489 مدنى أن يكون الواهب يعلم ببطلان الهبة وينفذها باختياره ولا يمكن القول من جهة أخرى أن الهبة – وهى هنا هبه فى المنقول – بعد أن نفذت تصح بالقبض على اعتبار أنها هبة يدوية ، فإن الواهب لم يسلم المنقول للموهوب له بإجراء متمم للهبه مكمل لركن التراضى كما هو الأمر فى الهبة اليدوية ، بل سلمه بعد أن اعتقد أن الهبة قد تمت وانه ملزم بالتسليم ويجب التمييز بين تسليم وقع تنفيذا لهبه قد تمت وتسليم وقع إتمام لهبه لم تتم فالتسليم الثانى لا الأول هو التسليم المعتبر فى الهبة اليدوية ، ولكن هذا لا يمنع الواهب فى الحالة التى نحن فى صددها من أن يعيد إبرام الهبة الباطلة ويعيدها لا فحسب عن طريق توثيقها فى ورقة رسمية صحيحة ، بل أيضا عن طريق جعلها هبه يدوية ، فيسلم المنقول إلى الموهوب له لا تنفيذا لالتزام عليه لان الهبة لم تتم قبل التسليم كما قدمنا ، بل إتماما للهبة فيعقب التراضى بالقبض شأن سائر الهبات اليدوية .

إلا أن الهبة الباطلة لعيب فى الشكل قد تلحقها الإجازة على سبيل الاستثناء وذلك من طريق واحد هو أن ينفذها باختياره الواهب أو ورثته .

فتنص المادة 489 من التقنين المدنى على ما يأتى : " إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبه باطنة لعيب فى الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه " .

والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : على أنه إذا لم تستوف الهبة الشكل اللازم ، ولكن الواهب أو ورثته قاموا مختارين بتنفيذها ، كان هذا التنفيذ معتبرا ، ولا يجوز استرداد ما دفع وفاء للهبه ، لا لأن الهبة الباطلة انقلبت صحيحة ، لتنفيذ كما جاء خطأ فى المادة 663 من المشروع ، بل لأن الهبة الباطلة انقلبت صحيحة بالتنفيذ كما جاء خطأ فى المادة 663 من المشروع ، بل لان الهبة الباطلة يتخلف عنها التزام طبيعى إذا نفذ لا يجوز استرداده ، ويجب إذن حذف المادة 663 من المشروع ، فإن ورودها فى الصيغة التى وردت بها خطا كان تبين ولا حاجة لإيرادها فى صيغة صحيحة فإن حكمها يمكن استخلاصه من القواعد العامة وهو اقرب إلى الفقه منه إلى التشريع .

يتبين لنا إذن انه إذا نفذ الواهب أو ورثته مختارين هبه باطلة فى الشكل ، سواء كان المال الموهوب عقارا أو منقولا ، فإنه لا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه لا لان التنفيذ وفاء لالتزام طبيعى ، بل لأنه إجازة بطريقة خاصة ، نص عليها القانون – لهبه باطلة فى الشكل وهذه الإجازة صححت بالهبة فانتقلت الملكية للموهوب له ، فلم يعد الواهب يستطيع أن يستردها ، ويجب أن نغفل فى هذا الصدد ما جاء فى المذكرة الإيضاحية وما ورد فى الأعمال التحضيرية .

هبة المنقول الباطلة لعيب فى الشكل : فتنفيذ الهبة الباطلة لعيب فى الشكل هو إذن إجازة خاصة لهذه الهبة وتصحيح لها فإذا وقعت هذه الهبة الباطلة على منقول ، كان أمام الواهب لتصحيح هذه الهبة طريقان : (الطريق الأول) أن يغفل الشكل الباطل ويحل محله القبض ، فتصبح هبه المنقول هبه يدوية ، ويكون القبض فى هذه الحالة ليس تنفيذا لعقد الهبة الباطلة ، بل هو إتمام لهبه يدوية فى المنقول (والطريق الثانى) أن ينفذ الهبة الباطلة تنفيذا اختياريا وذلك عن طريق القبض أيضا ولكن القبض هنا ليس إتماما لهبه يدوية فى المنقول ، بل هو تنفيذ لهبه باطلة .

فالواهب فى كل من الطريقين المتقدمين الذكر يسلم المنقول إلى الموهوب له ، فتتم الهبة فى الطريق الأول ، وتصح فى الطريق الثانى ، على أن هناك فرقا هاما ما بين الطريقين يظهر فيما يأتى : لو قصد الواهب الطريق الأول ، وأراد أن يتم الهبة بالقبض ، فالهبة لا تتم إلا من وقت القبض ، أما لو قصد الطريق الثانى ، وأراد أن يصحح الهبة بالقبض عن طريق التنفيذ الاختيارى فالهبة تنقلب صحيحة من وقت صدورها لأن للإجازة أثرا رجعيا ينسحب إلى وقت وجود العقد (مرقص ، السنهورى ، عبد الودود يحيى)

بطلان هبة المال المستقبل : وهنا يجب التمييز بين المال الحاضر والمال المستقبل إذ أن هبه المال الحاضر جائزة بخلاف هبه المال المستقبل فهى باطلة .

إذ وهب شخص شيئا غير معين بالذات ، كمائة أردب من القمح ، فها مال حاضر وتصح هبته ، لان الهبة تتم عن طريق التزام الواهب بحق شخصى يرتبه فى ذمته ، وقد رأينا أن الهبة على هذا النحو جائزة ، ويتفرع على ذلك أنه يجوز أن يهب شخص أخر مبلغا من النقود عن طريق التزامه بهذا المبلغ ، بل يجوز فى هذه الحالة أن يحدد موت الواهب أجلا لدفع النقود ، فما دام الالتزام قد انعقد واصبح مترتبا فى ذمة الواهب فالهبة جائزة ، وليس الموت إلا أجلا غير محقق يوفى عنده الالتزام ، فالالتزام ذاته محقق والأجل هو غير المحقق ، وإذا وهب شخص شيئا مملوكا له تحت شرط فاسخ ، فهذه هبه مال حاضر ، وهى هبه جائزة ، ويملك الموهوب له الشئ معلقا على هذا الشرط ، فإذا تحقق الشرط زالت ملكية الواهب ، ومن ثم تزول ملكية الموهوب له تبعا لزوال ملكية الواهب أما إذا تخلف الشرط فقد أصبحت ملكية الواهب باتة وأصبحت بأنه كذلك ملكية الموهوب ، كذلك إذا وهب شخص شيئا مملوكا له تحت شرط واقف فانه يكون قد وهب حقه المعلق على هذا الشرط وهو مال حاضر فتكون الهبة جائزة ويملك الموهوب له الشئ معلقا على الشرط الواقف ، فإذا تحقق الشرط نفذت ملكيته وإذا تخلف بطلت الملكية .

أما المال المستقبل فهو المال غير الموجود وقت الهبة ومن ثم لا تصح هبه محصولات لم تثبت أو منزل ، يتم بناؤه أو ربح اسهم أو سندت لم تحل ، كذلك هبه التركة المستقبلة لا تجوز لا تطبيقا للمادة 492 مدنى فحسب ، بل أيضا تطبيقا لنص اعم بحرم التعامل إطلاقا باهية أو بغيرها ، فى التركة المستقبلة (م 2/131مدنى) .

وهبة المال المستقبل باطلة بطلانا مطلقا ، لا تلحقها الإجازة ، ولا يرد عليها التقادم ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ويجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه ، والسبب فى ذلك يرجع الى ما تنطوى عليه هبه المال المستقبل من خطر ، فإن الواهب يندفع إلى هبه مال مستقبل اكثر مما يندفع إلى هبه مال حاضر فأراد المشرع أن يحميه من هذا الاندفاع بإبطال هبته .

والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تشير إلى أن بطلان هبه المال المستقبل تطبيق لأحكام الشريعة الإسلامية فى مبدأها العام الذى يقضى بعدم جواز التعامل مع المعدوم ولكن قصر التطبيق هنا على الهبة دون المعارضات حيث أجيز التعامل فى الشئ المستقبل لإزالة العوائق من التعامل العادى مجموعة الأعمال التحضيرية : ص260) - انظر الأستاذ محمود جمال الدين زكى ص 134 - وقارن الأستاذ اكثم الخولى فقرة 72 هذا يجوز تخول هبه المستقبل الباطلة إلى وعد بالهبة ملزم يجوز الرجوع فيه كما يجوز الرجوع فى الهبة الأستاذ أكثم الخولى فقرة 72 .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذ أجازت المادة 131 من القانون المدنى أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا إلا أن المشرع لاعتبارات خاصة قد حرم ضروبا فى التعامل على الشئ المستقبل الذى لم يتحقق وجوده تضمنتها نص المادة 492 من القانون المدنى ورتب على ذلك بطلانها مما نص عليه فيها أن تقع هبه الأموال المستقبلة باطلة وجعل هذا البطلان متعلقا بالنظام العام لا تلحقه الإجازة والمرجع فى ذلك هو ما تنطوى عليه هبه هذا النوع من الأموال من خطر إذ يندفع الواهب إلى هبه مال مستقبل اكثر ما يندفع إلى هبه مال تحقق وجوده ما حدا بالمشرع إلى حمايته من هذا الاندفاع بإبطال هبته وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون سالف الذكر باعتبار ذلك تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية التى تستلزم لصحة الهبة أن يكون الشئ الموهوب موجودا وقت العقد ومن ثم تعتبر هبه المعدوم غير صحيحة ومثل المعدوم ما هو فى حكمه ومنها الأموال المستقبلة فتقع الهبة الواردة عليها باطلة بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة قضاء الحكم المطعون فيه بتأييد حكم أول درجة بقضاء بصحة ونفاذ عقد حق الانتفاع بشقة فى عقار سيتم تشييده مستقبلا على انه هبه غير مباشرة لما تحقق وجوده مخالفة وخطأ فى تطبيق القانون " (جلسة 1993/12/29 الطعن رقم 4257 لسنة 62ق)

وإذا وهب الشخص مالا حاضرا ومالا مستقبلا فى وقت واحد لشخص واحد ، وكانت الهبة قابلة للتجزئة ، صحت فى المال الحاضر وبطلت فى المال المستقبل ، طبقا للقواعد المقررة فى إنقاص العقد ، ووفقا للمادة 143 مدنى إذ تقول : " إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله . (راجع فيما سبق السنهورى فى الوسيط الجزء الخامس)

أحكــام النقــض :

النص فى المادة 489 من القانون المدنى على انه " إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبه باطلة فى الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه " يدل على أن الهبة الباطلة لعيب فى الشكل لا ترد عليها الإجازة إلا عن طريق تنفيذها اختياريا من جانب الواهب أو الوارث عالما بأن الهبة باطلة لعيب فى الشكل ومع ذلك يقدم على تنفيذها راضيا وهو على بينة من أمره فيسلم المال الموهوب إلى الموهوب له قاصدا من ذلك إجازة الهبة ، فتنقلب الهبة الباطلة إلى هبه صحيحة بهذه الإجازة الخاصة ، ولا يجوز له أن يسترد ما سلمه . (الطعن رقم 13 سنة 40 ق جلسة 1975/3/18 س 26 ص621)

تمسك ورثة البائع المحكوم عليهم بأن العقد بصحته ونفاذه هو عقد هبه باطل لعدم استيفائه الشكل الرسمى فى موضوع غير قابل للانقسام ، بطلان الطعن بالنسبة لأحد الورثة لا يحول دون قيامه بالنسبة للآخرين . (الطعن رقم 843 سنة 44 ق جلسة 1978/3/29 س29 ص891)

إذا كان الحكم المطعون فيه قد نهج تكييف العقد محل التداعى تكييفا صحيحا ولم يخرج عن تفسيره عما تحتمله نصوصه فلقد استخلص من عباراته الظاهرة أن تصرف الأب المطعون ضده لابنه الطاعن فى حق الانتفاع بالأرض الزراعية التى سلمها إياه كان بغير عوض مما يعتبر معه التصرف تبرعا اى هبه وقد وقعت الهبة باطلة لعدم مشروعيتها سببها المخالف للنظام العام بانصرافه إلى تعامل فى تركة مستقبلة ، وكان من المقرر أن تعيين الورثة وأنصبتهم وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا مما يتعلق بالنظام العام وتحريم العامل فى التركات المستقبلة بأى نتيجة لهذا الأصل فلا يجوز قبل وفاة إنسان الاتفاق على شئ يمس بحق الإرث وإلا كان الاتفاق باطلا ، وكان الحكم قد استدل على قيام ذلك السبب غير المشروع -

وهو الباعث الدافع إلى التبرع – بما ورد فى الاتفاق من بيان صريح يفصح عن أن تسلمه الابن الطاعن – ارض زراعية يمثل مقدار نصيبه ميراثا عن أبيه الذى لم يزل على قيد الحياة ومن اشتراط على هذا الابن بعد المطالبة بميراث ارض أخرى من بعد وفاة الأب ، وهو ما يعد استدلالا سائغا له ما خذه الصحيح ومن واقع ما اثبت بالاتفاق الذى انعقد بين الطرفين ، فان الحكم يكون قد التزم صحيح القانون فى تفسير الاتفاق وتكييف التصرف الثابت به الذى لحقه البطلان . (الطعن رقم 626 سنة 46 ق جلسة 1979/11/29 س 30 ع3 ص 103)

البطلان المتعلق بالإثبات :

فقد ورد العديد من الأحكام التى تبين أهمية الإثبات والأثر المترتب على الإخلال به ، ومن هذه الأحكام ما يلى :

الأوراق المطعون فيها بالتزوير لا تعدو أن تكون من أوراق القضية فلا يعتبر الأمر بضمها والإطلاع عليها إجراء من إجراءات الدعوى التى يلزم إثباتها فى محضر الجلسة أو فى أى محضر آخر ومن ثم فإن النعى على الحكم بوقوع بطلان فى الإجراءات اثر فيه لإغفال المحكمة إثبات ذلك يكون على غير أساس . (الطعن رقم 56 سنة 29 ق جلسة 1964/1/9 س15 ص53)

عددت المادة 219 من قانون المرافعات البيانات التى يجب اشتمال محضر التحقيق عليها ولم تستلزم ذكر اسم القاضى المنتدب للتحقيق والكاتب واكتفت بتوقيع كل منهما ، ومن ثم فإذا كان محضر التحقيق يحمل توقيع المستشار الذى تولى التحقيق والكاتب فإن النعى ببطلانه لعدم بيانه اسمهما يكون غير سديد . (الطعن رقم 5 سنة 33 ق جلسة 1967/1/5 س 18 ع1 ص92)

أن عبء إثبات إجازة عقد قابل للبطلان إنما يقع على عاتق مدعى الإجازة ، وإذن فمتى كان الطاعن قد ادعى أن مورث المطعون عليها قد أجاز بعد بلوغه سن الرشد عقد البيع الذى عقده وهو قاصر فإن الحكم المطعون فيه إذ ألقى عبء إثبات هذه الواقعة لا يكون قد خالف قواعد الإثبات . (الطعن رقم 36 سنة 21ق جلسة 1953/11/26)

مؤدى نص المادة 194 من قانون المرافعات السابق انه وان كان الأصل سماع شهود النفى فى نفس الجلسة التى سمع فيها شهود الإثبات ، إلا أن هذا ليس أمرا حتميا يترتب على مخالفته البطلان ، بل ترك المشرع تنظيمه للمحكمة التى تتولى إجراء التحقيق فلها أن ترجىء سماع شهود النفى إلى جلسة أخرى غير التى سمعت فيها شهود الإثبات إذا حال دون سماعهم فى نفس الجلسة مانع .(الطعن رقم 21 سنة 38ق " أحوال شخصية " جلسة 1972/12/13 س23 ص1377)

التحدى ببطلان إجراءات التحقيق ، لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض . (الطعن رقم 655 سنة 43 ق جلسة 1977/12/14 س28 ص1784)

إذ كانت المادة 20 من قانون المرافعات القائم لا ترتب البطلان بغير نص صريح إلا إذا شاب الإجراء عيب لم تتحقق بسببه الغاية منه وكان النص فى المادة 75 من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 على انه يجوز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم هو نص تنظيمى لا يترتب البطلان على مخالفته ، فيعتد بالتحقيق الذى تم بعد انتهاء الميعاد طالما سمع شهود الطرفين وتحققت الغاية من الإجراء . (الطعن رقم 2 سنة 43 ق " أحوال شخصية " جلسة 1976/3/10 س27 ص592)

مفاد نص الفقرة الأولى من المادة 73 من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 انه وان كان الأصل سماع شهود النفى فى نفس الجلسة التى سمع فيها شهود الإثبات ، إلا أن هذا ليس أمرا حتميا يترتب على مخالفته البطلان ، بل ترك المشرع تنظيمه للمحكمة التى تتولى إجراء التحقيق ، فلها أن ترجئ سماع شهود النفى إلى جلسة أخرى غير التى سمعت فيها شهود الإثبات إذا حال سماعهم فى نفس الجلسة مانع ، وتقدير المانع يدخل فى نطاق سلطة المحكمة الموضوعية فلا نعقب عليها . (الطعن رقم 20 سنة 44ق "أحوال شخصية" جلسة 1976/1/25 س72 ص 507)

لا تجيز الفقرة الأولى من المادة 21 من قانون المرافعات التمسك بالبطلان إلا لمن شرع لمصلحته ، إذا كان الثابت من محضر جلسة التحقيق أمام محكمة أول درجة أن الطاعن الثانى لم يتمسك بعدم إعلانه بحكم الإحالة للتحقيق ، وإنما أبداه غيره فانه تحديه بذلك يعتبر سببا جديدا لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض . (الطعن رقم 20 سنة 44ق "أحوال شخصية" جلسة 1976/1/25 س72 ص 507)

عددت المادة 93 من قانون الإثبات الصادر بالقانون 25 لسنة 1968 البيانات التى يجب اشتمال محضر التحقيق عليها ولم تستلزم – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ذكر اسم القاضى المنتدب للتحقيق والكاتب ، واكتفت بتوقيع كل منهما على هذا المحضر وإذا حرر محضر التحقيق على أوراق منفصلة اشتملت الأخيرة منها على جزء من التحقيق واتصل بها القرار الصادر بإحالة الدعوى إلى المرافعة ثم وقع عليها القاضى المنتدب للتحقيق والكاتب ، فان التوقيع على هذه الورقة يعتبر توقيعا على محضر التحقيق والقرار مما يتحقق به غرض الشارع فيما استوجبه من توقيع القاضى المنتدب للتحقيق والكاتب على محضر التحقيق ولا يكون هذا المحضر باطلا . (الطعن رقم 495 سنة 52 ق جلسة 1985/11/20 س 36 ص1022)

المقرر بنص المادة الخامسة من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 وجوب إعلان منطوق الحكم الصادر بإجراءات الإثبات وتاريخ إجرائها إلى من لم يحضر جلسة النطق بها والا كان العمل باطلا . (الطعن رقم 1370 سنة 50 ق جلسة 1984/3/5 س 35 ص 803)

أن المشرع وقد أوجب فى المادة 71 من قانون الإثبات أن يبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالإثبات كل واقعة من الوقائع المطلوب إثباتها والا كان باطلا ، إنما هدف من ذلك وعلى ما جلته المذكرة الإيضاحية للمادة 191 من قانون المرافعات القديم المقابلة للمادة سالفة الذكر إلى أن ينحصر التحقيق فيها ليعلم كل طرف بما هو مكلف بإثباته أو بنفعيه ، فالبطلان المترتب على مخالفة هذه القاعدة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مقرر لمصلحة الخصوم وليس متعلقا بالنظام العام ، ويشترط للتحدى به أمامها أن يكون قد سبق التمسك بها أمام محكمة الاستئناف . (الطعن رقم 673 سنة 466ق جلسة 1981/4/25 س32 ص1251)

قرار الشطب الذى يصدره القاضى المنتدب للتحقيق باطل أثره للخصوم تعجيل السير فى الدعوى دون التقيد بالميعاد المنصوص عليه بالمادة 82 مرافعات . (الطعن رقم 635 سنة 53 ق جلسة 1987/1/14 س 38 ص 109)

الإثبات بشهادة الشهود المادة 71 من القانون 25 لسنة 1968 ابتناؤه على ركنين تعلق الوقائع المراد إثباتها بالدعوى وكونها منتجة فيها مؤدى ذلك استخلاص المحكمة من أقوال الشهود الذين سمعتهم دليلا على ثبوت أو نفى واقعة لم يتناولها منطوق حكم التحقيق وتمسك الخصم ببطلان هذا الدليل ، مخالفا القانون . (الطعن رقم 1226 سنة 53 جلسة 1987/2/25)

لما كان المشرع قد نص فى المادة الخامسة من قانون الإثبات على الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات لا يلزم تسبيبها قضاء قطعيا ويجب إعلان منطوق هذه الأحكام إلى من لم يحضر جلسة النطق به وكذلك يجب إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراءات الإثبات والا كان العمل باطلا ويكون الإعلان بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد يومين فان مؤدى ذلك أن ميعاد الحضور الذى تضمنه هذا النص الخاص هو الميعاد الواجب مراعاته فى خصوص إعلان التاريخ المعين لإجراء الإثبات دون الميعاد الآخر المنصوص عليه فى المادة 66 من قانون المرافعات الواردة ضمن الباب الثانى من الكتاب الأول المتعلق برفع الدعوى . (الطعن رقم 2323 سنة 55 ق جلسة 1989/1/15)

البطلان المتعلق بالمقامرة والرهان :

تنص المادة 739 من التقنين المدنى على ما يأتى : 1- يكون باطلا كل اتفاق بمقامرة أو رهان . 2- ولمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك ، وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق .

يتبن لنا من النص أن عقود المقامرة والرهان باطلة ويترتب على هذا البطلان أن من خسر فى المقامرة أو الرهان لا يجبر على دفع ما خسره ، وإذا دفع الخسارة ولو من تلقاء نفسه جاز له أن يسترد ما دفع ، فهناك إذن مسائل ثلاث نبحثها على التعاقب : (1) بطلان المقامرة والرهان (2) عدم الإجبار على الدفع (3) استردادا ما دفع .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : " المقامرة والرهان يتوقفان على حظ ، لذلك كان الاتفاق الخاص بهما باطلا لمخالفته للآداب والنظام العام ، والبطلان مطلق لا ترد عليه الإجازة . (مجموعة الأعمال التحضيرية 5 ص301)

سبـــب البطـــلان :

تقول الفقرة الأولى من المادة 739 مدنى فيما رأينا : " يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان " فعقد المقامرة أو الرهان عقد باطل بطلانا مطلقا لمخالفته للآداب والنظام العام ، هو مخالف للآداب ، لان المقامر أو المتراهن يقوى فى نفسه الآراء لا عن طريق العمل والكد ، بل عن طريق المصادفة ، ثم أن عقد المقامرة أو الرهان مخالف للنظام العام ، فإن الثروات التى يتداولها المقامرون والمتراهنون ، وكثيرا ما ينجم عن تداولها خراب بيوت عامرة والعصف بأسر آمنة تلقى فى الحضيض ومن وهنة الفقر ، ليست بالثروات التى يقوم تداولها على العمل والإنتاج فالمقامر أو المتراهن لا يعمل ولا ينتج ، بل يختطف ما لا لم يبذل جهدا مشروعا فى كسبه ، ولو أن مجتمعا انصرفت الناس فيه إلى المقامرة والرهان دون غيرهما من الأعمال ، لما زادت ثروة هذا المجتمع شيئا ، ولاقتصر الأمر على أن تنتقل الثروة دون أن تزيد من يد إلى يد ، لا لفضل العمل فيمن كسب ، بل لمجرد الحظ والمصادفة ، والمقامر ينصرف عن العمل المنتج ، وتتأصل فى نفسه كالمرابى غريزة الجشع ، وإذا كان المرابى يعتمد على استغلال حاجة الناس ، فإن المقامر يعتمد على حسن طالعه ومواتاة الحظ له .

على أن القانون ، إذا انس خيرا فى بعض ضروب المقامرة أو الرهان ، أحلها ، كما فعل عندما أباح المباراة فى الألعاب الرياضية ، وأجاز للفائز الكسب المادى تشجيعا لهذه الألعاب النافعة ولكى يكون هناك حافز للتفوق فيها ، وكما فعل عندما رخص فى النصيب للجمعيات الخيرية ، حتى يوفر مورد من المال تنفق منه فى أعمال الخير. (السنهورى ومرقص ، مرجع سابق)

أثـــر البطـــلان :

ويترتب على بطلان عقد المقامرة أو الرهان جزاؤه المدنى وهو ألا ينتج العقد أثرا وهذا من ناحيتين ، الناحية الأولى هى أن من خسر فى مقامرة او رهان لا يلتزم بشئ فلا يجبر على دفع الخسارة لمن فاز ، وإذا رفع هذا الأخير عليه دعوى يطالبه بالوفاء ، كان له ن يدفع هذه الدعوى ببطلان العقد ، وهذا ما يسمى بدفع المقامرة exception de jeu والناحية الثانية هى انه من خسر ، لو انه دفع خسارته طوعا عن بينة واختيار ، كان مع ذلك أن يسترد ما دفع ، إذ أن عقد المقامرة أو الرهان باطل لا يلزمه بشئ فيكون قد دفع ما هو غير مستحق فى ذمته ، فيسترده استردادا ما دفع بغير حق .

والناحية الأولى واضحة من النص صراحة على بطلان عقد المقامرة أو الرهان فى الفقرة الأولى من المادة 739 من التقنين المدنى الجديد ، وكان القضاء فى عهد التقنين المدنى القديم ، يجرى أيضا حكم البطلان فلا يجيز الإجبار على دفع الخسارة ، وذلك دون نص اعتمادا على تطبيق القواعد العامة فى العقود المخالفة للآداب والنظام العام ، أما التقنين المدنى الفرنسى فينص صراحة فى المادة 1965 منه على أن " القانون لا يخول أية دعوى فى دين المقامرة أو فى دفع الرهان " .

والناحية الثانية واضحة أيضا من النص عليها صراحة فى الفقرة الثانية من المادة 739 من التقنين المدنى الجديد ، وهى بعد ليست إلا تقريرا للقواعد العامة فى العقود الباطلة وفى استرداد ما دفع دون حق ، ولكن التقنين المدنى الفرنسى لا يقرها ، إذ هو ينص فى المادة 1967 منه على انه " لا يجوز فى أية حال لمن خسر أن يسترد ما دفعه مختارا ، ما لم يكن هناك فى جانب من كسب غشى أو خداع أو احتيال " وتبع القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى القديم ، أحكام التقنين المدنى الفرنسى فى ذلك .

دعوى البطلان والدفع بالبطلان : لما كان عقد المقامرة أو الرهان باطلا ، فان من خسر لا يلتزم بالخسارة ولا يجبر على دفعها : إذ العقد الباطل لا يولد التزاما ولا يترتب عليه اثر ويستطيع من خسر أن يرفع دعوى ببطلان العقد ، ولكن الغالب هو أن يتربص حتى يرفع عليه من كسب المقامرة أو الرهان دعوى يطالبه فيها بالوفاء ، وعند ذلك يدفع هذه الدعوى بما يسمى بدفع المقامرة exception de jeu ويتمسك فى هذا الدفع بان الدين دين مقامرة أو رهان ومن ثم لا يلتزم بدفعه لبطلان العقد .

وسواء دفع دعوى البطلان أو تمسك فى دعوى المطالبة بدفع المقامرة ، فإن له أن يثبت دعواه أو دفعه ، وأن الدين دين مقامرة أو رهان ، بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن ولو زادت الخسارة عن خمسمائة جنيه ، لان العقد غير مشروع لمخالفته للآداب والنظام العام فلو قدم خصمه ورقة مكتوبة بالدين ولم يذكر فيها سببه أو ذكر فيها سبب آخر مشروع كقرض جاز له أن يثبت أن السبب الحقيقى للدين هو المقامرة أو الرهان بجميع الطرق ، ولا يعترض عليه بان الدين يزيد على خمسمائة جنيه ولا بأنه لا يجوز إثبات عكس ما بالكتابة إلا بكتابة مثلها ، وذلك لان السبب غير مشروع كما سبق القول .

(السنهورى ، مرجع سابق)

ولما كان دفع المقامرة معتبرا من النظام العام ، فانه يمكن التمسك به فى اى حالة كانت عليها الدعوى ، ويمكن التمسك به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف وأمام محكمة النقض ويجوز أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها .

ويجوز أن يتمسك بالبطلان وبدفع المقامرة كل من له مصلحة فى ذلك ، فيجوز هذا للمقامر أن المتراهن الذى خسر ، وخلفه العام من وارث وموصى له يجزه من التركة ، وخلفه الخاص إذا كانت الخسارة واردة على عين انتقلت ملكيتها إلى خلف خاص ويجوز ذلك أيضا لدائن المقامر أو المتراهن الذى خسر ، لا فحسب بموجب الدعوى غير المباشرة ، بل أيضا بطريق مباشر حتى يقرر بطلان العقد فلا يزاحمه من كسب فى التنفيذ على أموال المدين .

وبطلان المقامرة والرهان من النظام العام كما قدمنا ، فلا يجوز النزول عنه ولا الاتفاق على ما يخالفه .

(السنهورى ، ومرقص ، وعبد الودود يحيى ، مرجع سابق)

كذلك لا يلحق العقد الإجازة ، ويترتب على ذلك إن من خسر لا يجبر على دفع الخسارة حتى لو أجاز العقد ، الإجازة لا تلحق العقد الباطل ، والإجازة فى أية صورة من صورها إقرارا كانت أو تعهدا بالدفع أو تحرير كمبيالة أو سند اذنى أو شيك - لا تصح ويعتبر إجبارا على الدفع ، ومن ثم لا يصح ، إدماج دين المقامرة أو الرهان فى حساب جار ، أو حوالته ، أو تجديده أو المقاصة به ، أو إتحاد الذمة فيه ولا تصح كذلك كفالته أو ضمانه برهن أو الصلح عليه أو التحكيم فيه ونستعرض هذه المسائل متعاقبة .

(9) البطلان المتعلق بالإرث :

فقد قضت محكمة النقض بأنه " أحكام الإرث وتعيين نصيب كل وارث فى التركة من النظام العام وكل تحايل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلانا مطلقا ومن ثم فلا يسرى على هذا البطلان التقادم المنصوص عليه فى المادة 140 من القانون المدنى ، ولا يقدح فى ذلك القول بأن اعتبار البطلان مطلقا يتنافى مع امكان إجازة التصرف من الورثة ذلك انه ليس للورثة أن يجيزوا التصرف باعتباره بيعا وإنما لهم أن يجيزوه على الاعتبار الصحيح بوصفه وصية وفى هذه الحالة تجرى عليه أحكام الوصية التى يجيزها الورثة " (الطعن رقم 39 لسنة 29 ق جلسة 1964/1/9 س15 ص43)

البطلان المتعلق بالإعلان :

البطلان الناشئ عن عدم مراعاة إجراءات الإعلان هو بطلان نسبى لا يعدم الحكم بل يظل قائما موجودا وان كان مشوبا بالبطلان فينتج كل آثاره ما لم يقض ببطلانه بالطعن عليه بإحدى طرق الطعن المقررة قانونا فإن مضت مواعيد الطعن أو كان غير قابل لهذا الطعن فقد أصبح بمنجى من الإلغاء حائزا لقوة الشئ المقضى دالا بذاته على صحة إجراءاته .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إن البطلان على مخالفة المحضر لمقتضى المادة 57 من قانون المرافعات من بيان الخطوات التى خطاها فى إعلان المطلوب إعلانه بمحضر الإعلان ليس مما يتعلق بالنظام العام ، والحق فى التمسك به يسقط إذا لم يبد قبل غيره من وجوه الدفع والدفاع فإذا كان المطعون عليه قد قصر دفعه للطعن فى أول مذكرة قدمها على ما ادعاه من تزوير زعم انه وقع فى ذات محضر الإعلان ، ولم يذكر شيئا عمل شاب هذا المحضر من قصور فى البيان فإن حقه فى الدفع بالبطلان الناشئ عن هذا القصور يكون قد سقط " (الطعن رقم 134 سنة 15 ق جلسة 1947/5/1، الطعن رقم 525 سنة 20ق جلسة 1952/5/15) وبأنه " وإن كان بطلان الإعلان الذى لم تراع فيه الإجراءات المرسومة فى المادتين السادسة والسابعة من قانون المرافعات (القديم) غير متعلق بالنظام العام فلا تجوز لغير الخصم الدفع به ولا تملك المحكمة أثارته من تلقاء نفسها إذا حضر الخصم ولم يتمسك بالبطلان إلا انه إذا لم يحضر الخصم وطلب الخصم الآخر الحكم فى غيبته فحينئذ يكون للمحكمة من تلقاء نفسها أن تحكم ببطلان الإعلان ذلك لان المادة 95 من قانون المرافعات المقابلة للمادة 119 من قانون المرافعات (القديم) توجب على المحكمة أن تتحقق من صحة إعلان الخصم قبل الحكم فى غيبته ، وإذن فمتى كان إعلان المطعون عليه بتقرير الطعن قد وقع باطلا كان على المحكمة أن ترتب على ذلك الحكم بعدم قبول الطعن شكلا إذا لم يحضر المطعون عليه " (الطعن رقم 173 سنة 19ق جلسة 1951/6/14) وبأنه " متى كانت الأوراق قد خلت مما يفيد أن الطاعنة سبق لها التمسك أمام محكمة الموضوع ببطلان إعلان الاستئناف استنادا إلى أن صورته لم تسلم إلى ممثلها القانونى وكان لا يقبل منها التحدى بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض ، فإن النعى على ذلك الحكم المطعون فيه بهذا السبب يكون على غير أساس " (الطعن رقم 469 سنة 27 ق جلسة 1973/3/3 س 24 ع1 ص 372)

وبأنه " إذا كان ما وقع فى صحيفة الاستئناف من خطا فى اسم الشركة الطاعنة يتمثل فى توجيه الإعلان إليها باسمها السابق قبل تعديله وليس من شلنه مع ما حوته الورقة المعلنة من بيانات التجهيل بالطاعنة واتصالها بالخصومة ولا يؤدى بالتالى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلى بطلان هذه الورقة فان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع ببطلان تلك الصحيفة يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة فى القانون " (الطعن رقم 469 سنة 27 ق جلسة 1973/3/3 س 24 ع1 ص 372)

كما قضت بأنه " متى تبين من اصل إعلان تقرير الطعن أن المحضر اثبت انه خاطب المطعون عليه شخصيا ولكن اصل الإعلان من توقيع المطعون عليه فان الإعلان قد وقع باطلا وفقا لأحكام المادتين 5/10 و 24 مرافعات والمادة 431 مرافعات قبل تعديلها بالقانون رقم 401 لسنة 1955 " (الطعن رقم 190 سنة 22 ق جلسة 1956/5/17 س 7 ص 591) وبأنه " لم تشترط المادة 30 من قانون المرافعات لصحة إعلان صحيفة افتتاح الدعوى ، اشتمالها على تحديد الدائرة التى ستنظر أمامها الدعوى وإنما أوجبت فقط " بيان المحكمة المطلوب حضور الخصوم أمامها واليوم والساعة الواجبة حضورهم فيها " ومن ثم فإن إغفال بيان الدائرة فى ورقة إعلان صحيفة الدعوى لا يترتب عليه بطلانها لان قانون المرافعات لا يتطلب هذا البيان اعتبارا بأن تحديد الدائرة فى المحكمة الواحدة وتوزيع القضايا عليها هو من الإعمال التنظيمية الداخلية التى تجريها الجمعية العمومية لكل محكمة " (الطعن رقم 469 سنة 34ق جلسة 1968/11/28 س19 ع 3 ص1440) وبأنه " متى انتقل إلى موطن الشخص المراد إعلانه وذكر انه سلم صورة الإعلان إلى احد أقارب أو أصهار المعلن إليه المقيمين معه فانه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يكون مكلفا بالتحقق من صفة من تسلم منه الإعلان ، إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الطاعنات قد اقتصرن فى طعنهم بالتزوير على أن المخاطب فى الإعلان قد ادعى صفة القرابة والإقامة معهن على غير الحقيقة ، وان الطعن فى صحة انتقال المحضر إلى محل إقامتهم وتسليم صورة الإعلان ، وانتهى من ذلك إلى اعتبار أن الإعلان قد تم صحيحا وان الطاعن بالتزوير فى صفة مستلم الإعلان غير منتج فانه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه " (الطعن رقم 69 سنة 36 ق جلسة 1970/4/23 س 21 ص 689) وبأنه " الدفع ببطلان الإعلان لجهة الإدارة لإغفال إثبات تاريخ إرسال الإخطار وعدم توقيع المحضر أسفل عبارة الإخطار رفض ذلك الدفع تأسيسا على أن فى ورود عبارة الإخطار بنهاية الإعلان فهى لا تبدو ملحقة بما يفيد أن هذا الإجراء ثم فى تاريخ تحريره . لا خطأ " (الطعن رقم 446 سنة 40 ق جلسة 1975/2/5 س26 ص341)

وأنه " متى كان الثابت من مطابقة اعلان الاستئناف ان المحضر اثبت فيه انه انتقل إلى محل إقامة الطاعنين وخاطب صهرهم ، المقيم معهم لغيابهم ، وأعلنه بصورة عريضة الاستئناف فإن إعلانهم يكون قد تم وفقا للقانون ، ولا يجدى الطاعنين ادعاؤهم أن من سلمت إليه الصورة لا تربطهم به صلة ، ذلك أن المحضر غير مكلف بالتحقيق من صفة من يتقدم إليه لاستلام الإعلان ممن ورد بيانهم فى المادة العاشرة من قانون المرافعات المقابلة للمادة 13 من القانون السابق – طالما أن هذا الشخص قد خوطب فى موطن المراد إعلانه " (الطعن رقم 362 سنة 38 ق جلسة 1973/11/29 س 24 ع3 ص 1194) وبأنه " متى كان إعلان صحيفة الاستئناف قد تم ما بين الساعة السابعة صباحا والخامسة مساءا على ما تقضى به المادة الثامنة من قانون المرافعات السابق ، وكان لا يجوز المجادلة فى صحة ما أثبته المحضر فى اصل الإعلان من انه وجد مكتب – المحامى – المعلن إليه مغلقا ، طالما أن الطاعن لم يدع بتزوير هذا البيان لإثبات هذا البيان إلا فى اصل الإعلان دون الصورة التى يكون قد سلمها فعلا ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن النعى عليه بمقولة أن رده على الدفع بالبطلان جاء غامضا يكون على غير أساس " (الطعن رقم 382 سنة 38 ق جلسة 1974/5/9 س25 ص840) وبأنه " إذا كانت الأوراق قد خلت مما يدل على تمسك الطاعن ببطلان إعلان صحيفة الاستئناف لعدم إثبات ساعة توجيه الخطاب بأصل الإعلان فان ما يثيره الطاعن فى هذا الخصوص يكون دفاعا جديدا لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم 382 سنة 38 ق جلسة 1974/5/9 س25 ص840) وبأنه "حضور الخصم الذى يزول به الحق فى التمسك بالبطلان ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، هو ذلك الذى الذى يتم بناء على إعلان الورقة ذاتها فى الزمان والمكان المعينين فيها لحضوره أما الحضور الذى يتم فى جلسة تالية من تلقاء نفس الخصم أو بناء على ورقة أخرى فلا يسقط الحق فى التمسك بالبطلان ، إذ أن العلة من تقرير هذه المبدأ هى اعتبار حضور الخصم فى الجلسة التى ادعى إليها بمقتضى الورقة الباطلة حقق المقصود منها ويعد تنازلا من الخصم عن التمسك ببطلانها " (الطعن رقم 68 سنة 40 ق جلسة 1975/3/18 س26 ص631) وبأنه " مفاد نص المادة 1/214 من قانون المرافعات انه "يشترط لإعلان الطعن فى المحل المختار أن يكون الخصم قد اتخذ هذا المحل فى ورقة إعلان الحكم لما فى تعيين هذا المحل من قيام قرينة قانونية على قبول إعلانه بالطعن فيه ولو لم يصرح بذلك ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه انه لم يثبت أن المطعون عليها قد أعلنت الطاعن بالحكم الابتدائي وبالتالى لم تفصح عن رغبتها فى اتخاذ محل مختار لها ،

وكان الطاعن قد أعلن المطعون عليها بصحيفة الاستئناف فى مكتب محاميها الذى كان يمثلها أمام محكمة أول درجة فان هذا الإعلان يكون قد وقع باطلا ولا يغير من ذلك أن تكون المطعون عليها قد اتخذت من مكتب المحامى المذكور محلا مختارا لها لها فى منازعتها الأخرى مع الطاعن طالما أنها لم تتخذه محلا مختارا لها فى ورقة إعلان الحكم الابتدائى " (الطعن رقم 68 سنة 40 ق جلسة 1975/3/18 س26 ص631) وبأنه " إذا كانت المطعون عليها لم تحضر لا بنفسها ولا بوكيل عنها فى جلسة 4969/4/7 التى دعيت إليها بمقتضى ورقة إعلان باطلة وإنما كان حضورها لأول مرة بجلسة 1969/12/9 التى لم تكن قد أعلنت بها ودفعت فيها باعتبار الاستئناف كان لم يكن عملا بالمادتين 70-240 من قانون المرافعات لأنها لم تعلن فى خلال ثلاثة اشهر من تقديم صحيفة الاستئناف إلى قلم كتاب المحكمة ، ومن ثم فإن إعلانها بصحيفة الاستئناف لم تتحقق به الغاية من هذا الإجراء الباطل بدعوى أنها علمت بمضمون الورقة ولا يفيد حضورها فى الجلسة الأخيرة أنها نزلت عن الحق فى التمسك ببطلان صحيفة الاستئناف " (الطعن رقم 68 سنة 40ق جلسة 1975/3/18 س26 ص631) وبأنه " لا محل للتحدى بأنه لا يجوز للمطعون عليها التمسك بالبطلان ، بطلان إعلانها بصحيفة الاستئناف بدعوى أنها هى التى تسببت فيه لوقوع غش منها ، ذلك أن هذا الدفاع يقوم على واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع فلا تقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم 68 سنة 40 ق جلسة 1975/3/18 س26 ص631) وبأنه " بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب فى الإعلان هو بطلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقا بالنظام العام على ما يستفاد من نص المادتين 108، 114 من قانون المرافعات وبالتالى فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، وإنما يجب على الخصم الذى تقرر البطلان لمصلحته أن يتمسك به أمام محكمة الموضوع ، ويجوز له أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا وفى هذه الحالة يزول البطلان طبقا لنص المادة 22 من القانون نفسه ، ولا يجوز لمن نزل عن البطلان أن يعود إلى التمسك به ، لما كان ما تقدم وكان الثابت من مدونات الحكم الابتدائى أن طرفى الدعوى قدما مذكرات شارحة لوجهة نظرهم بعد إتمام التحقيق

وبعد إحالة الدعوى إلى المحكمة الابتدائية فان ذلك كاف للقول بنزول الطاعن الأول ضمنا من التمسك ببطلان إعلانه بصفته من رجال الجيش ، ولا يجوز له العودة للتمسك به أمام محكمة الاستئناف ، وإذ ساير الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يعيبه ما أورده بشأن التعديل على قبول شقيقة الطاعن الأول الإعلانات الموجهة إليه دون اعتذار لأنه يعد استطراد زائد عن حاجة الدعوى ويستقيم الحكم بدونه" (الطعن رقم 517 سنة 43 ق جلسة 1977/3/16 س 28 ص697) وبأنه " إذا كانت المادة 21 من قانون المرافعات تنص على انه " لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إذا أن من شرع البطلان لمصلحته ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذى تسبب فيه وذلك كله فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام " وكان بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب الإعلان هو بطلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقا بالنظام العام فإنه لا يقبل من الطاعنة بشأن إعلان المطعون عليه الثانى بصحيفة الدعوى الابتدائية أيا كان وجه الرأى فيه " (الطعن رقم 33 سنة 43 ق جلسة 1976/6/2 س 27 ص 1266)

كما قضت أيضا بأنه " ما يقوله الطاعنون عن بطلان صحيفة الاستئناف إنما كان منهم بقصد تأييد دفعهم باعتبار الاستئناف كان لم يكن لعدم إعلان صحيفته خلال الميعاد المحدد فى المادة 70 من قانون المرافعات التى قررت جزاء لا يتصل بالنظام العام وإنما هو مقرر لمصلحة المستأنف عليه فلا تقبل أثارته للمرة الأولى أمام محكمة النقض ، والثابت أن هذا الدفع لم يثر أمام محكمة ثانى درجة فلا يقبل به الطاعنين التمسك به للمرة الأولى من طعنهم بالنقض على حكمها ، ولا يغير من هذا النظر التحدى بأنه لم يكن فى مكنة الطاعنين الحضور أمام محكمة الاستئناف للتمسك بالدفع إذا لم يعلنوا إعلانا صحيحا ، ذلك أنه كان فى مكنتهم ان يضمنوا صحيفة الطعن بالنقض على الحكم المطعون فيه بالبطلان لابتنائه على إجراء باطل هو الإعلان الباطل لصحيفة الاستئناف " (الطعن رقم 679 سنة 42 ق جلسة 1976/2/31 س27 ص839) وبأنه " متى كان الأصل فى الإجراءات قد روعيت ، فان محكمة الاستئناف تكون قد تحققت من أن سند الوكالة – الصادر لمحامى الطاعنين الذى مثل بالجلسة بعد إعادة الدعوى للمرافعة – كان صادرا من كل الطاعنين ، ولما كان الطاعون لم يقدموا دليلا على أن هذا التوكيل لم يصدر عنهم ، وكان لا مصلحة لهم فى التمسك بالبطلان لعدم إعلان من لم يحضر من المطعون عليهم – بإعادة الدعوى للمرافعة –

إذ لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته عملا بما تقتضى به المادة 21 من قانون المرافعات لما كان ذلك فان النعى على الحكم بالبطلان يكون فى غير محله " (الطعن رقم 403 سنة 40 ق جلسة 1976/11/23 س27 ص1627) وبأنه " إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يعدو أن يكون من أوراق المحضرين ، يسرى عليه ما يسرى على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها فى قانون المرافعات ، والنص فى الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون المشار إليه على أنه " لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا اثبت تحقيق الغاية من الإجراء " وفى المادة 22 منه على أن يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام مفاده أن المشرع - وعلى ما أوضحته المذكرة الإيضاحية - قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة فالقانون عندما يتطلب شكلا معينا فإنما يرمى إلى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشكل أو البيان ، وإذا ثبت تحقيق الغاية رغم تخلف هذا الشكل أو البيان فإن من التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان كما رأى المشرع أن يجيز لمن شرع البطلان لمصلحته أو ينزل عنه صراحة أو ضمنا إلا إذا تعلق بالنظام العام ، وإذ كان الثابت أو إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وجهة الطاعنان إلى المطعون ضده الأخير بتاريخ 1971/10/20 فى محل تجارته وليس فى موطنه فرع عليه بإعلان وجه إليهما فى 1971/11/3 اقر فيه انه تلقى إعلان الرغبة ولاحظ على بياناته مجانبتها للحقيقة سارع إلى تصحيحها ، وعرض على الطاعنين الحلول محله فى عقد البيه بالثمن الحقيقى والنفقات الحقيقية دون أن يتمسك بأى اعتراض أو تحفظ فى شأن بطلان إعلان الرغبة مما يدل على تحقيق الغاية التى يبتغيها المشرع من وراء هذا الإجراء وعلى نزول من وجه اليهما اعتراه من بطلان نسبى شرع لمصلحته ، فان الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وانتهى إلى تأييد القضاء بسقوط الحق فى الشفعة لبطلان إعلان الرغبة فيها يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقها " (الطعن رقم 569 سنة 43 ق جلسة 1977/3/16 س 28 ص705) وبأنه " تنص المادة 114 من قانون المرافعات المقابلة للمادة 140 من قانون المرافعات السابق على أن بطلان صحف الدعاوى ،

وإعلانها وبطلان أوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب فى الإعلان أو في بيان الحكم أو فى تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن إليه فى الجلسة أو بإيداع مذكرة بدفاعه ومفاد ذلك وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن حضور الخصم الذى يعنيه المشرع لسقوط الحق فى التمسك بالبطلان ، هو ذلك الذى يتم بناء على إعلان الورقة ذاتها فى الزمان والمكان المعينين فيها لحضوره إذ أن العلة من تقرير هذا المبدأ هو اعتبار حضور الخصم فى الجلسة التى دعى إليها بمقتضى الورقة الباطلة قد حقق المقصود منها ويعد تنازلا من الخصم عن التمسك ببطلانها " (الطعن رقم 698 سنة 42 ق جلسة 1977/5/17 س28 ص1230 ، الطعن رقم 212 سنة 44 ق جلسة 1978/1/4 س29 ص87) وبأنه " بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب فى الإعلان هو وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة بطلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقا بالنظام العام فلا يجوز لغير الخصم الذى بطل إعلانه الدفع به ، ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ، وأفاده من صحة إعلانهم منهم البطلان الحاصل فى إعلان غيرهم من المطعون عليهم لا يكون إلا بعد أن يثبت هذا البطلان بالطريق الذى يتطلبه القانون فيتمسك من له الحق فى ذلك وتحكم به المحكمة " (الطعن رقم 403 سنة 43 ق جلسة 1977/1/12 س 28 ص225) وبأنه " النص فى المادة 114 من قانون المرافعات على أن " بطلان صحف الدعاوى وإعلانها وبطلان أوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب فى الإعلان أو فى بيان المحكمة أو فى تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن إليه فى الجلسة أو بإيداع مذكرة بدفاعه " يدل على أن حضور الخصم الذى يعنيه المشرع بسقوط الحق فى التمسك بالبطلان هو ذلك الذى يتم بناء على إعلان الأوراق ذاتها فى الزمان والمكان المعينين فيها لحضوره دون الحضور الذى يتم فى جلسة ثانية من تلقاء نفس الخصم أو بناء على ورقة أخرى فإنه لا يسقط الحق فى التمسك بالبطلان ، إذ العلة من تقرير هذا المبدأ هى اعتبار حضور الخصم فى الجلسة التى دعى إليها بمقتضى الورقة الباطلة حق المقصود منها ويعد تنازل الخصم عن التمسك ببطلانها ،

وبالتالى فإن ما خلص إليه الحكم ينطوى على خطأ فى تطبيق القانون بإطلاقه القول بأن الحضور يسقط حق فى التمسك ببطلان الإعلان دون قصره على الحضور الذى يتم بناء على ذات الإعلان الباطل " (الطعن رقم 10 سنة 45ق جلسة 1977/2/9 س 28 ص420) وبأنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الدفع الذى يتعين على المحكمة أن تجيب عنه بأسباب خاصة هو ذلك الذى يقدم إليها صريحا معينا على صورة دفع جازم واضح المعالم يكشف عن المقصود منه ، وإذ تبين مما أورده الحكم المطعون فيه أن الطاعنين لم يتمسكوا صراحة فى صحيفة الاستئناف ببطلان الإعلانات التى وجهت إلى بعضهم ويبينوا وجه العيب منها وهو أمر غير متعلق بالنظام العام ، بل اقتصر على الدفع بعدم إعلانهم بتعجيل الدعوى فى ميعاد سنة من تاريخ الحكم بانقطاع سير الخصومة وقرر الحكم أن هذا لا يعتبر دفعا ببطلان الإعلان حتى تبحثه المحكمة ، وإذ رتب الحكم على ذلك سقوط حق الطاعنين فى الدفع ببطلان هذه الإعلانات واعتبرها إجراء صحيحا يقطع المدة وقضى برفض الدفع بسقوط الخصومة ، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون " (الطعن رقم 119 سنة 43ق جلسة 1977/4/5 س28 ص909) كما قضت بأنه " مفاد نص المادتين التاسعة والتاسعة عشر من قانون المرافعات أن الشارع أوجب أن تشتمل أوراق إعلان صحف الدعاوى والاستئنافات على بيان خاص بتحديد تاريخ ووقت حصول الإعلان وبيان المحضر الذى يباشر الإعلان والمحكمة التى يتبعها وتوقيعه على كل من الصورة والأصل ، لما كان ذلك وكان من المقرر أن للمعلن إليه أن يتمسك ببطلان الصورة المعلنة ولو خلا أصلها من أسباب البطلان باعتبار أن الصورة بالنسبة إليه تقوم مقام الإعلان ولا يجوز تكملة النقض الموجود بورقة التكليف بالحضور بدليل غير مستمد من الورقة ذاتها " (الطعن رقم 584 سنة 44 ق جلسة 1977/3/27 س 28 ص 1759) وبأنه " إذا كان الثابت فى الدعوى أن صورة صحيفة الاستئناف المعلنة للمطعون عليه قد خلت من بيان تاريخ الإعلان ووقت حصوله واسم المحضر الذى باشر الإعلان وتوقيعه إذا قضى ببطلان هذا الإعلان وبالتالي اعتبار الاستئناف كان لم يكن تبعا لعدم إعلان الصحيفة للمطعون عليه إعلانا صحيحا خلال الثلاثة الأشهر التالية لإيداعها قلم الكتاب يكون قد أصاب صحيح القانون ولا يقدح فى سدادها هذا النظر بثبوت حضور المطعون عليه بالجلسة الأولى المحددة لنظر الاستئناف

ما دام هذا الحضور لا يحقق الغاية من استلزام توافر البيانات المذكورة إزاء الغرض من بيان تاريخ الإعلان هو معرفة الوقت الذى تبدأ فيه الآثار التى رتبها القانون على إعلان الورقة والمواعيد التى تسرى من وقت الإعلان والغرض من بيان اسم المحضر والمحكمة التى يعمل بها هو للتحقق من أن للشخص الذى قام بإعلان الورقة صفة فى مباشرة هذا العمل فى حدوده واختصاصه وأما توقيع المحضر فهو الذى يكسب الورقة صفتها الرسمية ولذلك أوجب الشارع توقيعه على اصل الإعلان وصورته ، وهذه الأغراض لا ترتبط بما قصد به من استلزام البيانات الأخرى من دعوة المعلن إليهم للخصوم إلى مكان محدد فى وقت معين ومن ثم فان حضور المطعون عليه بالجلسة المعلن إليها لا يصحح البطلان الناشئ عن النقص فى البيانات السالف بيانها ، بما لا مجال لإعمال نص المادة 114 من قانون المرافعات التى ترتب على حضور المعلن إليه فى الجلسة أو إيداعه مذكرة بدفاعه زوال بطلان صحف الدعاوى وإعلانها وبطلان التكليف بالحضور الناشئ عن عيب فى الإعلان أو فى بيان المحكمة أو فى تاريخ الجلسة " (الطعن السابق) وبأنه " إذ تنص المادة 6/13 من قانون المرافعات انه فيما يتعلق بأفراد القوات المسلحة ومن فى حكمهم يسلم الإعلان بواسطة النيابة العامة إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة ، فقد أفادت بذلك أن إعلان ضابط الجيش والجنود النظاميين يكون باستلام الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة صورة الإعلان ويون تسليم هذه الصورة لها بواسطة النيابة التى تعتبره فى هذه الحالة سلطة تسليم فقط مثلها مثل المحضر تماما ، وإذا كان الثابت بالأوراق أن الطاعن لم يحضر أمام محكمة الاستئناف ، وان صحيفة الاستئناف قد وجهت إليه باعتباره من رجال القوات المسلحة وسلم الإعلان لوكيل نيابة بورسعيد الجزئية بمقر النيابة بالمنصورة ، ولا يوجد ما يفيد تسليم الإعلان إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة فإن إعلان الطاعن بصحيفة الاستئناف يكون باطلا " (الطعن رقم 25 سنة 41ق جلسة 1977/2/24 س 28 ص 569) وبأنه " مفاد نص المادة 1/63 من قانون المرافعات أفاد انه كان يلزم لإجراء المطالبة القضائية إيداع صحيفة الدعوى كتاب المحكمة وهو ما يترتب عليه كأثر اجرائى بدء الخصومة إلا أن إعلان صحيفة الدعوى إلى المدعى عليه كما كان فى ظل قانون المرافعات الملغى إجراء لازما لانعقاد الخصومة بين طرفيها تحقيقا لمبدأ المواجهة بين الخصوم ويكون وجود الخصومة الذى بدء بإيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب معلقا على شرط إعلانها إلى المدعى عليه إعلانا صحيحا

فان تخلف هذا الشرط حتى صدور الحكم الابتدائي زالت الخصومة كأثر للمطالبة القضائية ذلك إن الخصومة إنما وجدت لتسير حتى تتحقق الغاية منها بالفصل فى الدعوى " (الطعن رقم 419 سنة 43 ق جلسة 1977/5/30 س 28 ص1313) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه ببطلان الحكم الابتدائي لإغفال المحضر الذى باشر إعلان صحيفة افتتاح الدعوى إثبات انه لم يجد الطاعن فى موطنه وقت الإعلان وهو احد البيانات الجوهرية اللازمة لصحة الإعلان ثم رتب الحكم على ذلك بطلان ما تلا الإعلان من إجراءات ومنها الحكم المستأنف وإزاء استرسال الحكم فى نظر الموضوع والفصل فى الإعلان لا يصل بالخصومة إلى حد الانعدام فى حين انه يترتب على بطلان إعلان المدعى عليه بصحيفة افتتاح الدعوى زوال الخصومة التى بدأت معلقة على شرط الإعلان الصحيح مما كان يقتضى من الحكم المطعون فيه الوقوف عند حد تقرير الحكم المستأنف حتى لا يحرم الطاعن وهو من تقرر البطلان لعدم صحة إعلانه من نظر الدعوى على درجتين باعتباره من أصول التقاضى وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بمقولة أن محكمة أول درجة استنزفت ولايتها بالفصل فى موضوع الدعوى بينها الخصومة أمامها لم تنعقد وزالت فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " (الطعن السابق) وبأنه " مفاد المادتين 6/13 ، 19 من قانون المرافعات انه بالنسبة لأفراد القوات المسلحة ينبغى أن يسلم إعلانهم بواسطة النيابة العامة إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة يترتب على مخالفة ذلك بطلان الإعلان شرط أن يكون الخصم على علم بصفتهم هذه وإلا صح إعلانهم طبقا للقواعد العامة لما لكان ذلك وكان البين من المستندات المقدمة أن الطاعن الأول ضابط بالقوات المسلحة ، وان عدم إعلانه بأوراق تكليفه الحضور فى الدعوى أمام محكمة أول درجة كشف للمطعون عليه عن صفته كأحد أفراد القوات المسلحة ، ورغم ذلك فانه فى إعلانه فى الاستئناف متجافيا عن سلوك الطريق الواجب الإتباع فى إعلانه وفق الفقرة السادسة من المادة 13 من قانون المرافعات انفه الإشارة فإن هذا الإعلان يقع باطلا ، ولا يسوغ القول بأن الطاعن الأول تقدم بطلب لإعادة الدعوى إلى المرافعة ليتسنى إبداؤه دفاعه وان البطلان قد تصحح فى معنى المادة 114 من قانون المرافعات لان الثابت أن الطاعن الأول لم يحضر طيلة تردد الدعوى أمام محكمة الاستئناف وانه نوه فى طلبه المقدم فى فترة حجز الدعوى للحكم ببطلان إعلانه وأرفق به شهادة رسمية تثبت صفته كضابط بالجيش المصرى

وانه لا يزال فى الخدمة وبالتالى فإن تقديم الطلب لم يكن بناء على الإعلان الباطل ولا يسقط حقه فى التمسك بالبطلان " (الطعن رقم 867 سنة 44 ق جلسة 1978/2/25 س 29 ص 484) وبأنه " من المقرر انه طبقا لنص المادة 114 من قانون المرافعات وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يزول البطلان فى ورقة التكليف بالحضور الناشئ عن عيب إعلانها بحضور المعلن إليه بالجلسة المحددة فى هذا الإعلان ولئن كان حضور الخصم الذى يسقط الحق فى التمسك بالبطلان هو الذى يتم بناء إعلان الورقة ذاتها إلا أن مجرد الحضور فى الزمان والمكان المعينين فى الورقة يقيم قرينة قضائية على أن الحضور بناء على الورقة ، ومن ثم يقع على المتمسك ببطلانها عبء إثبات العكس " (الطعن رقم 351 سنة 44ق جلسة 1978/2/16 س 28 ص773) وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب فى الإعلان بطلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقا بالنظام العام وبالتالى لا يجوز للمحكمة ان تقضى من تلقاء نفسها وإنما يجب على الخصم الذى تقرر هذا البطلان لمصلحته ان يتمسك به أمام محكمة الموضوع أو فى صحيفة المعارضة أو الاستئناف وإلا سقط الحق فيه وذلك إعمالا لنص المادة 18 من قانون المرافعات " (الطعن رقم 27 سنة 47ق "أحوال شخصية" جلسة 1978/11/29 س29 ص51826 ، الطعن رقم 488 سنة 48ق جلسة 1982/6/3 س23 ص 662) وبأنه " إعلان الهيئات والمؤسسات العامة والوحدات التابعة لها بصحف الدعاوى والطعون والأحكام كيفية القانون 47 لسنة 1973 المادة 13 من قانون المرافعات ، عدم بيان المحضر اسم الموظف الذى خاطبه وصفته ، أثره ، بطلان الإعلان " (الطعن رقم 922 سنة 45 ق جلسة 1978/11/28 س29 ص1785)

وفى حكم آخر قضت بأنه " بطلان التكليف بالحضور لعيب فى الإعلان هو بطلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقا بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها أو تستند فى ذلك إلى وجه لم يتمسك به الخصم ، ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون قصد النعى ببطلان إعلانه فى 1971/8/24 صحيفة الاستئناف على عدم صحة البيان الخاص بإعلانه لجهة الإدارة بكتاب مسجل وادعى إثباتا لهذا الدفاع بتزوير ورقة الإعلان بتقرير قلم الكتاب المحكمة ، فإن المحكمة الاستئنافية أن قضت ببطلان الإعلان استنادا إلى أن المحضر اغفل الخطوات التى سبقت تسليم صورة الصحيفة لجهة الإدارة وهو وجه لم يتمسك به المطعون عليه الثانى فإنها تكون قد خالفت القانون " (الطعن رقم 226 سنة 45ق جلسة 1978/5/9 س29 ص1197) وبأنه " بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب فى الإعلان هو بطلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقا بالنظام العام على ما يستفاد به من المادتين 114/108 من قانون المرافعات ، ويجوز للخصم الذى تقرر البطلان لمصلحته أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا وفى هذه الحالة يزول البطلان طبقا للمادة 22 من قانون المرافعات ولا يجوز لمن ينزل عن البطلان أن يعود إلى التمسك به " (الطعن رقم 144 سنة 45 ق جلسة 1978/12/6 س 29 ص1850) وبأنه " المحضر غير مكلف بالتحقق من شخص المراد إعلانه طالما انه خوطب فى موطنه الاصلى ، بل يكفى أن يسلم صورة الإعلان فى هذا الموطن إلى من يقرر انه المراد إعلانه " (الطعن رقم 103 سنة 42 ق جلسة 1978/3/14 س29 ص725) وبأنه " إذا كان يبين من صحيفة الاستئناف أنها استوفت البيانات التى نصت عليها المادتين 63 ، 230 من قانون المرافعات وأنها أودعت قلم الكتاب فى الميعاد المحدد فى القانون وكان التمسك ببطلان إعلانها أمرا خارجا عن الصحيفة ذاتها ، ولم تدفع الطاعنة أمام محكمة الاستئناف باعتبار الاستئناف كان لم يكن لعدم إعلانها إعلانا صحيحا بصحيفته فى خلال ثلاثة اشهر من تاريخ إيداعها قلم الكتاب ، وكان هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام فان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع ببطلان صحيفة الاستئناف لا يكون قد خلف القانون أو أخطأ فى تطبيقه " (الطعن رقم 255 سنة 49ق جلسة 1979/11/6 س 30 ع3 ص 16) وبأنه " امتناع المخاطب معه فى موطنه المعلن إليه عن ذكر اسمه أو صفته اعتبار ذلك بمثابة عدم وجود من يصح تسليمه الورقة قانونا وجوب تسليمها لجهة الإدارة فى هذه الحالة " (الطعن رقم 943 سنة 46 ق جلسة 1979/5/31 س30 ع2 ص501)

وبأنه " مؤدى نص المادة 10 من قانون المرافعات – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يدل على أن اصل إعلان أوراق المحضرين أن تسلم الأوراق المراد إعلانها للشخص نفسه أو فى موطنه فإذا لم يجد المحضر الشخص المراد إعلانه فى موطنه جاز تسليم الأوراق إلى احد أقاربه أو أصهاره بشرط أن يكون مقيما معه فإذا اغفل المحضر إثبات صفة من تسلم صورة الإعلان أو اغفل إثبات انه من أقارب أو أصهار المطلوب إعلانه المقيمين معه فانه يترتب على ذلك بطلان الإعلان طبقا لنص المادة 19 من قانون المرافعات ، لما كان ذلك وكان يبين من الصورة الرسمية لأصل صحيفة الاستئناف التى قدمها الطاعن أن المحضر اثبت فيها انتقاله إلى محل إقامة الطاعن ولم يجده لإعلانه بها فأعلنه بصورتها مخاطبا مع ابن عمه ، دون أن يثبت انه مقيم مع الطاعن ، وكان يبين من الصورة الرسمية لمحاضر جلسات الاستئناف أن الطاعن لم يمثل فيها أمام المحكمة ولم يقدم خلالها مذكرة بدفاعه إلى إن صدر حكم المطعون فيه ، فان هذا الحكم يكون معيبا بالبطلان بناء على إجراءات باطلة " (الطعن رقم 56 سنة 46 ق جلسة 1980/1/28 س31 ص 324) وبأنه " ادعاء المطعون ضده بان الإخطار بتسليم صورة إعلان صحيفة الاستئناف لجهة الإدارة – باطل لعدم اشتمال الكتاب المسجل على موطنه ، وانه لم يتسلمه ، وهو ما أثاره بمذكرته المقدمة ردا على سبب الطعن وتأييد بالشهادتين الصادرتين من هيئة البريد وقلم محضرى المحكمة والمقدمين لمحكمة النقض ، مردود بأن بطلان إجراءات الإعلان لا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمطعون ضده أن يتحدى بهذا الدفاع الذى يخالطه واقع لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم 504 سنة 45 ق جلسة 1979/11/27 س 30 ع3 ص 68) وبأنه " تنص الفقرة الثالثة من المادة 11 من قانون المرافعات على انه " وعلى المحضر خلال أربع وعشرين ساعة أن يوجه إلى المعلن إليه فى موطنه الاصلى أو المختار كتابا مسجلا يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة وهذا الميعاد يمتد إذا صادف اليوم عطلة رسمية إلى أول يوم عمل بعدها طبقا لنص المادة 18 من القانون المذكور ، وإذا كان يوم 7، 8، 1971/9 عطلة رسمية ، فان ميعاد الإخطار يمتد إلى اليوم الذى يليها وهو يوم 1971/5/9 الذى حصل الإخطار فيه ويكون الإعلان قد تم صحيحا فى الميعاد المحدد فى القانون" (الطعن رقم 504 سنة 42 ق جلسة 1979/11/27 س30 ع3 ص 68) وبأنه " الحضور الذى يزول به الحق فى التمسك ببطلان الإعلان هو ذلك الذى يتم بناء على ورقة أخرى فلا يسقط حقه فى التمسك بالبطلان " (الطعن رقم 403 سنة 41 ق جلسة 1981/12/14 س 22 ص 2299)

كما قضت محكمة النقض بأنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة – انه متى كان وجه النعى يقوم على واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع فلا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ، لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعن لم يتمسك ببطلان إعلانه لجلسة ...... إمام محكمة الاستئناف لخلو بيانات الإعلان من اسم المخاطب معه وما يفيد غياب المعلن إليه وإنما اقتصر على التمسك ببطلان الإعلان لإقامته خارج البلاد ، ومن ثم لا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم 600 سنة 46ق جلسة 1980/4/3 س31 ص1027) وبأنه " الخصومة فى الاستئناف تعتبر بالنسبة لإجراءات دفعها والسير فيها ، مستقلة عن الخصومة المطروحة أمام محكمة أول درجة ومتميزة عنها ، ومن ثم على أحداها من بطلان أو صحة لا يكون له اثر على الأخرى ، ومن ثم فان النزول عن التمسك ذى الشأن ببطلان إعلانه بصحيفة الاستئناف لما كان ذلك وكانت الطاعنة الثانية قد تمسكت ببطلان إعلانها بصحيفة الاستئناف لحصوله فى مواجهة النيابة رغم وجود موطن معروف لها وباعتبار الاستئناف كان لم يكن لعدم إعلانها بتلك الصحيفة خلال ثلاثة اشهر التالية لتقديمها ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض هذا الدفع تأسيسا على أن نزولها أمام محكمة أول درجة من التمسك ببطلان إعلانها بصحيفة افتتاح الدعوى الحاصل فى مواجهة النيابة يحول بينها وبين العودة إلى التمسك ببطلان إعلانها بصحيفة الاستئناف بذات الطريقة وحجب نفسه عن بحث صحة هذا الإعلان أو بطلانه ، فانه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون " (الطعن رقم 884 سنة 49ق جلسة 1980/4/23 س31 ص1190) وبأنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه متى اثبت المحضر فى اصل ورقة الإعلان وصورتها اسمه ووقع عليها بإمضائه فإنه يتحقق بذلك ما قصدت إليه المادة التاسعة من قانون المرافعات من وجوب اشتمال ورقة الإعلان على اسم المحضر ولا ينال من ذلك أن يكون خطه غير واضحا وضوحا كافيا فى خصوص ذكر اسمه ولا أن يكون توقيعه كذلك مادام أن الطاعن لم يدع من قام بإجراء الإعلان من غير المحضرين وإذ يبين من مطالعة اصل صحيفة الاستئناف أن المحضر اثبت باسمه ووقع عليه بإمضائه فإن النعى فى هذا الخصوص يكون ولا سند له " (الطعن رقم 1060 سنة 45 ق جلسة 1981/2/22 س32 ص579) وبأنه " لا يجدى الطاعن التحدى بعدم ذكر المحضر ساعة تمام الإعلان فى الورقة طالما انه لم يدع خصومه فى ساعة لا يجوز إجراؤه فيها " (الطعن السابق)

وبأنه " البطلان المترتب على مخالفة قواعد الإعلان هو بطلان نسبى مقرر لمصلحة من تغيب أو تخلف إعلانه فلا يجوز لغيره من الخصوم التمسك به ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة أو محكوما فيه بالتضامن إذ لا يفيد من البطلان فى هذه الحالة إلا إذا تمسك به صاحبه ولما كان الخصم الذى قرر الطاعنان تخلف إعلانه لم يتمسك بالبطلان المترتب على ذلك فإن نعيهما على الحكم بهذا الوجه يكون غير مقبول " (الطعن رقم 43 سنة 49ق جلسة 1980/2/24 س31 ص 398) وبأنه " بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب فى الإعلان ، بطلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقا بالنظام العام ، فلا يجوز لغير الخصم الذى بطل إعلانه الدفع به ، ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة ، وإذ كانت الطاعنة الأولى بصفتها الشخصية هى التى تمسكت ببطلان إعلان الطاعنين الثانى والثالث بصحيفة الاستئناف فان هذا الدفع يكون غير مقبول لانتفاء صفتها فى إبدائه ومن ثم فلا يعيب الحكم المطعون فيه إغفاله الرد عليه " (الطعن رقم 386 سنة 43 ق جلسة 1980/11/18 س31 ص1910) وبأنه " مفاد نص المادة الثانية من المادة 21 من قانون المرافعات وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – أن البطلان لا يجوز أن يتمسك به من تسبب فيه ويستوى أن يكون من تسبب فى البطلان هو الخصم نفسه أو شخص آخر يعمل باسمه كما انه لا يشترط أن يكون الخصم نفسه أو شخص آخر يعمل باسمه كما انه لا يشترط أن يكون قد صدر من الخصم غش أو خطأ ، بل تكفى مجرد الواقعة التى تؤكد نسبة البطلان إلى الخصم أو من يعمل باسمه ، كان البين من الأوراق أن المطعون ضدهما أوضحا فى صحيفة افتتاح الدعوى الابتدائية المرفوعة منهما ضد الهيئة الطاعنة وفى ورقة إعادة الإعلان الخاص بهذه الدعوى أنهما يقيمان بشارع .. ولما وجهت الهيئة إليها الإعلان بصحيفة الاستئناف على هذا العنوان اثبت المحضر المكلف بإجرائه أنهما غير مقيمين به بل أن محل إقامتهما كائن ، فوجهت إليها الإعلان بتلك الصحيفة فى هذا العنوان الأخير ولكن المحضر اثبت فيه انه لم يستدل عليها ولا يوجد لها اى موطن به ، كما أن الهيئة الطاعنة استعانت بضابط الشرطة المختص للتحرى عن محل إقامة المطعون ضدها فأخطرها بذات بيانات المحضر الواردة فى الإعلانين المشار اليهما ، مما أدى إلى إعلانها المطعون ضدهما بصحيفة الاستئناف ، فى مواجهة النيابة ، فدفع المطعون ضدهما باعتبار الاستئناف كان لم يكن لعدم اعلانهما بصحيفته إعلانا صحيحا خلال ثلاثة اشهر من تاريخ إيداعها قلم الكتاب ، بمقولة أن محل إقامتها بمصنع البساتين لتصدير الأثاث التى تلزم الهيئة بإعلانها فيه تلك الصحيفة لما كان ذلك ،

وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بقبول ذلك الدفع واعتبار الاستئناف كان لم يكن تأسيسا على بطلان إعلان المطعون ضدهما فى مواجهة النيابة العامة بغير الرد على دفاع الهيئة الطاعنة الذى أبدته أمام المحكمة الاستئنافية بعدم أحقيتها فى التمسك بهذا البطلان بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة 21 من قانون المرافعات حالة انه دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الاستئناف ، فان الحكم يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب " (الطعن رقم 842 سنة 45ق جلسة 1980/5/31 س 31 ص 1619) وبأنه " الأصل فى إعلان أوراق المحضرين – حسب ما تقض به المادة 10 من قانون المرافعات – أن يتم تسليم الورقة المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو فى موطنه ، فإن لم يجده المحضر فى هذا الموطن وجب عليه أن يسلمه إلى من يقرر انه وكيل أو انه يعمل فى خدمته أو انه من الساكنين معه فى الأزواج والأقارب والأصهار ، لما كان ذلك وكله الثابت فى الأوراق أن الطاعن الثانى لم يحضر أمام محكمة الاستئناف ، وكان يبين من الصورة الرسمية لأصل إعلان الاستئناف أن المحضر إذ اتجه إلى موطن المستأجر الاصلى سلم الإعلان للمستأجر من الباطن دون أن يثبت عدم وجود الأول وغير أن يذكر صفة من تسلم صورة الإعلان وانه يقيم معه وكان إغفال المحضر لهذين البيانين الجوهريين فى محضره مخالفا لما نصت عليه المادة 10 من قانون المرافعات فان إعلان المستأجر الاصلى بالاستئناف يكون قد وقع باطلا عملا بالمادة 19 من قانون المرافعات " (الطعن رقم 638 سنة 47 ق جلسة 1981/5/16 س32 ص 1479) وبأنه " إذا كانت الطاعنة لم تقدم ما يدل على أنها تمسكت أمام محكمة الموضوع ببطلان إعادة الإعلان بصحيفة الاستئناف استنادا إلى عدم كشف المحضر عن اسمه فيه والتوقيع عليه فإن النعى بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض يكون غير مقبول "(الطعن رقم 1325 سنة 50 ق جلسة 1981/6/4 س32 ص1714)

كما قضت بأنه " مؤدى نص المادتين 9 ، 19 من قانون المرافعات يدل على أن أوراق المحضرين تخضع فى تحريرها لجزاءات معينة وبيانات خاصة حددتها المادة التاسعة ورتبت المادة 19 البطلان على عدم مراعاتها واهم هذه البيانات التى يجب أن تشتمل عليها الورقة تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التى حصل فيها الإعلان ويعتبر تاريخ الإعلان بيانا جوهريا وإذا كان يجب فى صورة الإعلان أن تكون مطابقة للأصل متضمنة جميع البيانات المطلوبة فى الورقة بخط يمكن قراءته فانه إذا اعتور الصور نقص أو خطأ واشتملت على بيان لا يمكن قراءته - كتاريخ حصوله - مثلا بطل الإجراء ولو كان الأصل صحيحا وكان البيان مكتوبا فيه بخط واضح ولا يجوز فى هذه الحالة الرجوع إلى الأصل ، ذلك أن المقرر قانونا انه لا يجوز تكملة النقص فى بيانات ورقة الإعلان بأى دليل آخر مستند من غير الورقة ذاتها مهما بلغت قوة الدليل لما كان ذلك وكان البين من صورة إعلان الحكم الابتدائي إلى الطاعنة والمقدمة بملف الطعن الماثل ان المحضر حرر فيها تاريخ الإعلان بخط يستحيل قراءاته بل أن ما خطه فيها بصدد هذا البيان لا يمكن أن يدل بذاته على هذا التاريخ ومن ثم فان هذا الإعلان يكون باطلا حتى ولو كان الأصل قد اشتمل على تاريخ الإعلان بخط واضح مقروء " (الطعن رقم 591 سنة 40ق جلسة 1981/6/22 س32 ص1887) وبأنه " لما كانت المادة 20 من القانون الذى تنص على انه يجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن وكان الطاعن قد عين موطنا له فى عقد الإيجار هو العين المؤجرة لإعلانه فيه بكل ما يتعلق بتنفيذ هذا العقد ، فان هذا الموطن يظل قائما ويصح إعلانه فيه ، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه والأوراق أن المطعون ضده الأول أعلن الطاعن بصحيفة الدعوى وبصحيفة الاستئناف فى ذلك الموطن فإن الإعلان يكون صحيحا " (الطعن رقم 558 سنة 46 ق جلسة 1981/6/20 س32 ص1852) وبأنه " النص فى المادة 5/13 من قانون المرافعات على انه فيما يتعلق بالشركات الأجنبية التى لها فروع أو وكيل بجمهورية مصر العربية تسلم صور الإعلانات إلى هذا الفرع أو الوكيل يدل على أن مقر وكيل الشركة الأجنبية التى تباشر نشاطها فى مصر يعتبر موطنا لهذه الشركات تسلم إليها الإعلانات فيه ، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون الإعلان موجها من غير الوكيل أما إذا كان الإعلان موجها من الوكيل إلى الشركة الأجنبية الموكلة فانه يتعين إعلانها فى موطنها الاصلى احتراما لقاعدة المواجهة بين الخصوم التى تعد من أهم تطبيقات مبدأ احترام حقوق الدفاع وما تقتضيه من ضرورة إعلان الخصم بما يتخذ ضده من أعمال إجرائية

وفقا للشكل الذى يقرره القانون تمكينا له من الدفاع عن مصالحه " (الطعن رقم 158 سنة 48ق جلسة 1981/6/22 س32 ص1891) وبأنه " إعلان الأوراق القضائية فى النيابة بدلا من إعلانه الشخص المراد إعلانه أو فى موطنه ، وان كان لا يصح اللجوء قبل قيام المعلن بالتحريات الكافية الدقيقة عن محل إقامة المعلن إليه إلا أن بطلان الإعلان لعدم كفاية هذه التحريات لا يجوز أن يتمسك به إلا من شرع هذا البطلان لمصلحته ، ذلك أن بطلان الخصومة لعدم إعلان احد الخصوم إعلانا صحيحا هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة بطلان نسبى لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقا بالنظام العام ، فلا يجوز لغير الخصم الذى بطل إعلانه الدفع به ، ولو كان له مصلحة فى ذلك أو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة " (الطعن رقم 505 سنة 48ق جلسة 1981/12/9 س33 ص1134 ، الطعن رقم 2420 سنة 752ق جلسة 1983/6/30 س34 ص1514) وبأنه " إذا كان نص المادة 2/11 من قانون المرافعات المعدلة بالقانونين 100 لسنة 1974 ، 95 لسنة 1976 على أن " .... " وفى المادة 3/11 على أن " .... " وفى المادة 125 على أن " .... " يدل على انه يجب على المحضر خلال أربع وعشرين ساعة من تسليم ورقة الإعلان لجهة الإدارة أن يوجه للمعلن إليه خطابا مسجلا يخبره فيه بمن سلمت إليه الصورة وان المشرع أراد من المحضر أن يثبت فى حينه الخصومات التى يتخذها فى إتمام الإعلان لضمان وصول ورقة الإعلان إلى المعلن إليه ، أو وصول الإخطار بمكان وجودها أن لم يصل إليه ، حتى يكون فى ذلك رقابة على المحضر فيما يباشره من أعمال تترتب على إتمامها آثار قانونية مختلفة وجعل البطلان جزاء عدم مراعاة تلك المواعيد والإجراءات لما كان ذلك وكان الثابت من الصورة الرسمية من صحيفة الاستئناف ، المودعة ملف الطعن أن المحضر الذى قام بإعلانها لجهة الإدارة قد اثبت فى محضره عبارة اخطر عنه فى 1979/4/12 وكانت تلك العبارة لا تفيد بذاتها قيام المحضر بإرسال كتاب مسجل للطاعن فى موطنه الاصلى أو المختار يخبره فيه بأن صورة الإعلان قد سلمت لجهة الإدارة فإنه يترتب على هذا النقض بطلان الإعلان " (الطعن رقم 720 سنة 50 ق جلسة 1983/4/28 س34 ص1092) وبأنه " إن تخلف الطاعن عن حضور الجلسات أمام محكمة الاستئناف ولم يقدم مذكرة بدفاعه فله أن يتمسك ببطلان الإعلان لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن السابق) وبأنه " أوجب المشرع فى المادتين 9 ، 19 من قانون المرافعات أن تشتمل الأوراق التى يقوم المحضرون بإعلانها ومنها صحف الدعاوى والاستئنافات على بيانات جوهرية بها بيان اسم المحضر الذى يباشر الإعلان وتوقيعه على كل من الأصل والصورة ،

وإلا كان الإجراء باطلا " (الطعن رقم 32 سنة 50ق جلسة 1983/6/11 س34 ص1365) وبأنه " المقرر أن إغفال البيان الخاص بتوقيع المحضر على صورة الإعلان متعلق بالنظام العام لان توقيع المحضر هو الذى يكسب الورقة صفتها الرسمية وكانت هذه الغاية لا تتحقق إلا باشتمال صورة الإعلان على التوقيع ولا يسقط البطلان بالحضور ولا بالنزول عنه ولا أن يكون الخصم حضر بالجلسة ولم يتمسك به " (الطعن السابق ، و الطعن رقم 878 سنة 54 ق جلسة 1987/1/1 س 38 ص60) وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة 44 من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 انه لا يجوز الحكم بصحة المحرر أيا كان نوعه وفى موضوع الدعوى معا، بل يجب أن يكون القضاء بصحته سابقا على الحكم فى الموضوع وذلك حتى لا يحرم الخصم الذى اخفق فى إثبات تزوير المحرر من أن يقدم ما عسى أن يكون لديه من أوجه دفاع أخرى كان يرى فى الادعاء بالتزوير ما يغنى عنها ، وان عجز مدعى تزوير إعلانه بالحكم المستأنف – والذى من تاريخ حصوله يبدأ سريان ميعاد الطعن بالاستئناف بالنسبة له عن إثباته لا يستطيع بطريق اللزوم أن يكون قد سقط حقه فيه إذ ليس فى القانون ما يحول دون تمسكه ببطلان ذلك الإعلان بعد الحكم برفض الادعاء بالتزوير لاختلاف نطاق ومرمى كل من الطعنين عن الآخر ، إذ قد تتعدد الأدلة على إثبات ذلك البطلان أو نفيه " (الطعن رقم 927 سنة 53 ق جلسة 1987/1/28 س 38 ص 197) وبأنه " بطلان إجراءات الإعلان لا يتعلق بالنظام العام ويخالطه واقع ، فلا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض كما أن الدفع باعتبار الاستئناف كان لم يكن ، والدفع ببطلان إعلان صحيفة الاستئناف كل منهما مختلف عن الآخر فى جوهره ، لما كان ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعنين لم يدفعوا إعلان صحيفة الاستئناف بالنسبة للمستأنف عليهم الأول والثالث والخامس ، بل اقتصر دفعهم على اعتبار الاستئناف كان لم يكن لعدم إعلانهم خلال ثلاثة اشهر من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب ، وقد رفض الحكم هذا الدفع على سند من أن الثابت من صحيفة الاستئناف أنها قدمت إلى قلم كتاب المحكمة بتاريخ 1975/12/27 وأعلنت للمستأنف عليهم فى 1975/12/29 واخطر من لم يعلن لشخصه بتاريخ 1975/12/27 فإن النعى ببطلان إعلان صحيفة الاستئناف يكون سببا جديدا لا يقبل التحدى به بداءة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم 1507 سنة 48 ق جلسة 1984/1/2 س35 ص116) وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن البطلان المترتب على عدم الإعلان لا يجوز التمسك به لمن تقرر البطلان لمصلحته " (الطعن رقم 393 سنة 50ق جلسة 1984/5/15 س35 ص 1310)

كما قضت بأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأصل فى إعلان أوراق المحضرين أن تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو فى موطنه فإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه فى موطنه فكان عليه أن يسلم الورقة إلى من يصح تسليمها إليه ممن عددتهم المادة العاشرة من قانون المرافعات فإذا سلمها المحضر لأحدهم دون أن يثبت عدم وجود المطلوب إعلانه ترتب على ذلك بطلان الورقة " (الطعن رقم 1264 سنة 52 ق جلسة 1987/5/24 س 38 ص740) وبأنه " من المقرر وفقا لنص المادة 14 من قانون المرافعات أن بطلان صحف الدعاوى وإعلانها وأوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب فى الإعلان يزول بحضور المعلن إليه فى الجلسة أو بإيداع مذكرة بدفاعه " (الطعن رقم 2036 سنة 50ق جلسة 1985/2/5 س36 ص210) وبأنه " لما كان نص الفقرة من المادة 214 من قانون المرافعات واضح العبارة فى أن إعلان الطعن للخصم فى الموطن المختار إن هو إلا استثناءا من الأصل فى أن يكون هذا الإعلان لشخصه قد بين ذلك الموطن المختار فى ورقة إعلان الحكم المطعون فيه ، فان هذا الاستثناء لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه استنادا لحكمة التشريع ، لما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة من أن النص متى كان واضحا جلى المعنى قاطعا فى الدلالة على المراد منه فلا يجوز الخروج عليه بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملته لان البحث فى حكمة التشريع ودواعيه إنما عند غموض النص أو وجود لبس فيه ، ومن ثم فلا يسوغ من الطاعنين القول بان مسلك وكيل المطعون ضدهم الثلاثة الآخرين فى الدفاع عنهم يفيد اتخاذهم مكتبه موطنا مختارا لهم فى درجتى التقاضى مما يجيز لهم إعلانهم فيه بصحيفة الاستئناف اعتدادا بحكمة التشريع ، لما فى هذا القول من الخروج على الاستثناء المقرر بنص صريح واضح العبارة واستحداث عن طريق التأويل مغاير لما يأت به النص ، وينبنى على ذلك أن إعلان الطاعنين بصحيفة استئنافهم فى مكتب المحامى الذى كان يمثل المطعون ضدهم المذكورين أمام محكمة أول درجة التى أصدرت الحكم المستأنف دون أن يعلنهم الآخرون بهذا الحكم ويبينوا فى الإعلان مكتب هذا المحامى موطنا مختارا لهم يؤدى إلى بطلان إعلان صحيفة الاستئناف ولا يصحح هذا البطلان أن ينيب أولئك المطعون ضدهم ذات المحامى فى الحضور أمام محكمة ثانى درجة فى تاريخ لاحق لرفع هذا الاستئناف " (الطعن رقم 1201 سنة 3 ق جلسة 1989/12/14)

وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه " لا يجوز التحدى أمام محكمة النقض بالبطلان إذا كان مؤسسا على عدم مراعاة الإجراءات التى أوجبها قانون المرافعات من إعادة إعلان من لم يحضر من الخصوم فى الدعوى طالما انه لا يجر التمسك بهذا السبب أمام محكمة الموضوع لان البطلان المدعى به مما لا يتصل بالنظام العام .(الطعن رقم 683 سنة 54 ق جلسة 1992/1/29)

كذلك قضت بأنه " بين المشرع فى قوانين المرافعات كيفية رفع الدعوى أمام القضاء وإعلان الخصوم بها . وأوجب على المحكمة ألا تقضى فيها إلا إذا وقعت بالطريق الذى رسمه القانون وأعلن بها المدعى عليه وذلك تنظيما للتقاضى من ناحية وتوفيرا لحق الدفاع من ناحية أخرى ، وإذ كان للمشرع فى ظل قانون المرافعات السابق الصادر بالقانون رقم 77 لسنة 1946 قد جمع بين الأمرين فى إجراء واحد فنص فى المادة 69 منه على أن ترفع الدعوى إلى محكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تعلن للمدعى عليه على يد احد المحضرين ما لم يقض القانون بغير ذلك فلم تكن الدعوى تعتبر مرفوعة بكل ما يترتب على ذلك من آثار لإتمام إعلان صحيفة الدعوى إلى الشخص المراد إعلانه بها إلا انه عدل عن ذلك فى قانون المرافعات القائم رقم 13 لسنة 1968 فنص فى المادة 63 منه على أن ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على ذلك وفى المادة 67 على أن " ... وعلى قلم الكتاب فى اليوم التالى على الأكثر أن يسلم اصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إليه ... " وفى المادة 68 منه بأنه " على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه ... " فأصبحت الدعوى فى ظل قانون المرافعات الحالى تعتبر مرفوعة أمام القضاء بمجرد إيداع صحيفتها قلم الكتاب أما إعلان الخصم بها فقد أصبح إجراءا منفصلا عن رفع الدعوى وتاليا له قصد به المشرع إعلامه بها وبطلبات المدعى فيها وبالجلسة المحددة لنظرها كى يعد دفاعه ومستنداته فان هو أعلن قانونا بصحيفة الدعوى كان ذلك دليلا كافيا على علمه بها فعلا أو لم يعلم وإيذانا للقاضى بالمضى فى نظرها سواء لمثل المدعى عليه فى الجلسات المحددة لنظرها بنفسه أو من ينوب عنه أو لم يمثل أصلا أما إذا حضر - دون إعلان - بالجلسة المحددة لنظر الدعوى عند النداء عليها وتنازل صراحة أو ضمنا عن حقه فى إعلانه بصحيفتها كان اقر باستلامه صورة منها أو تسلم هذه الصورة بالجلسة بغير اعتراض منه أو أبدى دفاعا فى الموضوع أو طلب أجلا لإبدائه بما يدل على علمه اليقين بموضوع الدعوى وبطلبات المدعى فيها وبمركزة القانونى

كان ذلك كافيا للمضى فى نظر الدعوى دون ما حاجة لتكليف المدعى او قلم المحضرين بإعلانه بصحيفتها . إذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة لم تعلن بصحيفة الاستئناف " خلت الأوراق ما يفيد أنها تنازلت صراحة أو ضمنا عن حقها فى إعلانها بصحيفته خلال ثلاثة اشهر من تاريخ تقديمها إلى قلم الكتاب فان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض هذا الدفع باعتبار الاستئناف كان لم يكن لعدم إعلانها بصحيفته خلال ثلاثة اشهر من تاريخ تقديمها إلى قلم الكتاب - وفصل فى موضوع الاستئناف على سند من القول بأن حضورها بالجلسة من شانه تصحيح البطلان يكون - وعلى ما سلف بيانه قد خالف القانون " (الطعن رقم 2293 سنة 55ق " هيئة عامة " جلسة 1992/3/8)

البطلان المتعلق بالحكم :

فقد أصدرت محكمة النقض العديد من الأحكام المتعلقة ببطلان الحكم .

فقد قضت محكمة النقض بأنه " لا يبطل الحكم إذا وقع فى أسبابه خطأ فى القانون مادام أن هذا الخطأ لم يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها " (الطعن رقم 292 سنة 22ق جلسة 1966/11/29 س17 ع4 ص1750 ، الطعن رقم 440 سنة 37ق جلسة 1973/2/1 س24 ص135) وبأنه " الطعن فى الحكم لوقوع بطلان فى الإجراءات منوط بأن يكون هذا البطلان قد اثر فى الحكم " (الطعن رقم 362 سنة 32ق جلسة 1967/1/4 س18 ع1 ص47) وبأنه " حصر الشارع طرق الطعن فى الأحكام ووضع لها آجال محددة وإجراءات معينة ، ولا يكون بحث أسباب العوار التى قد تلحق الأحكام إلا بالتظلم منها بطرق الطعن المناسبة لها ، فإذا كان الطعن فى الحكم بإحدى هذه الطرق غير جائز ، أو كان قد استغلق ، فلا سبيل للتخلص منه بدعوى بطلان أصلية ، وذلك احتراما للأحكام وتقديرا لحجيتها باعتبارها عنوان الحقيقة فى ذاتها ، وانه وان جاز فى بعض الصور القول بإمكان رفع دعوى بطلان أصلية بشأن حكم تجرد من الأركان الأساسية للأحكام " (الطعن رقم 120 سنة 33 ق جلسة 1967/1/17 س 18 ع 1 ص 104 ، الطعن رقم 216 سنة 33 ق جلسة 1967/5/16 س 18 ع 3 ص 997 ، الطعن رقم 183 سنة 37 ق جلسة 1972/3/7 س 23 ع 1 ص311) وبأنه " وفقا للمادة 341 من قانون المرافعات يجب أن يبين فى الحكم " أسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم " والنقض أو الخطأ الجسيم فى هذا البيان يترتب عليه بطلان الحكم ، وإذا كان الثابت من بيانات الحكم المطعون فيه انه صدر باسم ورثة المستأنف جملة دون بيان لأسمائهم واغفل بذلك بيانا جوهريا من بياناته ، فنه يكون باطلا" (الطعن رقم 88 سنة 31ق جلسة 1967/1/18 س18 ع1 ص130) وبأنه " متى كان يبين من الحكم انه خلا من ذكر رأى النيابة العامة فى دعوى استئنافية من دعاوى الأحوال الشخصية فإن الحكم يكون باطلا ولا يغنى عن هذا البيان إشارة الحكم إلى رأى النيابة فى مرحلة الدعوى الابتدائية " (الطعن رقم 8 سنة 26ق " أحوال شخصية " جلسة 1957/1/24 س8 ص112 ، الطعن رقم 6 سنة 29ق جلسة 1961/2/25 س12 ص30) وبأنه " متى كان الحكم المطعون فيه قد أورد رأى النيابة العامة فى القضية واسم عضو النيابة الذى أبدى هذا الرأى وانتهى إلى تأييد الحكم الابتدائي بأسباب مستقلة تكفى لحمله ،

فانه لا يعيبه خلو الحكم الابتدائى من ذكر اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فيها والنعى على الحكم المطعون فيه بالبطلان لهذا السبب يكون غير منتج إذ ليس من شانه أن يحقق سوى مصلحة نظرية لا يعتد بها " (الطعن رقم 45 سنة 31ق جلسة 1964/3/11 س15 ص340)

كما قضت بأنه " متى كان الحكم الابتدائي قد صدر فى منازعة متعلقة بالضرائب وخلا مما يدل على تمثيل النيابة فى الدعوى وكانت محكمة الاستئناف لم تنبه أو تنتبه إلى ما شاب هذا الحكم من نقص فى بياناته ومضت فى نظر الدعوى وانتهت إلى تأييده بأسباب مستقلة تكفى لحمله ، فان النعى على حكمها بالبطلان لا يكون من شانه سوى تحقيق مصلحة نظرية صرف لا يعتد بها مادامت محكمة الاستئناف قد حققت غرض الشارع " (الطعن رقم 132 سنة 30ق جلسة 1965/6/2 س16 ص661) وبأنه " رددت المادة 25 من قانون المرافعات القواعد العامة للبطلان فى إجراءات المرافعات وجاء فى المذكرة التفسيرية لهذا القانون أن حكم هذه المادة لا يتناول البطلان المتعلق بالنظام العام والبطلان الأحكام وما جرى مجراها بل يميل فى هذه الصورة بقواعد القانون العام وفقه ، وليس فى فقه القانون وقواعده ما يسند القول باعتبار الأحكام غير متعلقة بالنظام العام " (الطعن رقم 6 سنة 29 ق جلسة 1961/3/25 س12 ص30) وبأنه " تنص المادة 63 من الدستور المؤقت المؤرخ 1958/3/5 على أن تصدر الأحكام وتنفذ باسم الأمة فإذا كان الحكم فيه قد صدر بعد العمل بالدستور المؤقت ولم يدون به ما يفيد انه صدر باسم الأمة طبقا للقانون فانه يكون باطلا متعينا نقضه " (الطعن رقم 19 سنة 28ق جلسة 1961/5/4 س12 ص453) وبأنه " الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بصحيفة واحدة من متعددين لا تربطهم رابطة هو فى حقيقته اعتراض على شكل إجراءات الحضور وكيفية توجيهها وهو بهذه المثابة من الدفوع الشكلية وليس دفعا بعد القبول ومن ثم فالبطلان المترتب على جمع مدعين متعددين لا تربطهم رابطة فى صحيفة واحدة على الرأى الذى يقول بالبطلان فى هذه الحالة -هو بطلان نسبى لا يتعلق بالنظام العام وينبنى على ذلك ان هذا الدفع - كالدفع ببطلان صحيفة الدعوى للتجهيل - يسقط الحق فى التمسك به بعدم إبدائه قبل الكلام فى موضوع الدعوى وان محكمة أول درجة بقبولها هذا الدفع لا تكون قد استنفذت ولايتها فى نظر الموضوع فإذا استؤنف حكمها وقضت محكمة الاستئناف بإلغائه وبرفض الدفع وجب عليها أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها الذى لم تقل هذه المحكمة كلمتها فيه ولا تملك المحكمة الاستئنافية التعرض لهذا الموضوع

لما يترتب على ذلك من توفيت إحدى درجات التقاضى على الخصوم ، فإذا كانت محكمة الاستئناف قد خالفت هذا النظر وتصدت لموضوع الدعوى كان حكمها ولا يزال هذا البطلان عدم تمسك الطاعنة أمامها تطلب إعادة القضية إلى محكمة أول درجة إذ أن مبدأ التقاضى على درجتين هو من المبادئ الأساسية للنظام القضائى التى لا يجوز للمحكمة مخالفتها ولا يجوز للخصم الاتفاق على خلافها " (الطعن رقم 251 سنة 26ق جلسة 1962/3/29 س13 ص339) وبأنه " لا تثريب على المحكمة إذا ما قررت تعجيل النطق بالحكم وحددت لذلك جلسة تسبق تلك التى كانت قد حددتها من قبل مادامت لم تمس حقا من حقوق الخصوم فى الدفاع ومن ثم متى كان القرار الذى أصدرته المحكمة بتعجيل النطق بالحكم يقع تاليا لنهاية الميعاد المصرح فيه للطاعنين بإيداع مذكراتهم ، وكان ثابتا من الإطلاع على المصرح فيه للطاعنين بإيداع مذكراتهم ، وكان ثابتا من الإطلاع على القرار المذكور أن طرفى الخصومة قد استوفيا دفاعهما شفويا ومذكراتهما فان النعى على الحكم بالبطلان فى الإجراءات والإخلال بحق الدفاع يكون على غير أساس " (الطعن رقم 81 سنة 29ق جلسة 1964/1/16 س15 ص86) وبأنه "مفاد المواد 339 ، 342 ، 349 من قانون المرافعات على ما جرى به قضاء محكمة النقض انه إذا تخلف احد القضاة الذين أصدروا الحكم عن حضور جلسة النطق به فوقع على مسودته المشتملة على منطوقه وأسبابه وحل غيره محله وقت النطق به وجب إثبات ذلك فى الحكم والا لحقه البطلان " (الطعن رقم 390 سنة 29ق جلسة 1964/5/7 س15 ص643) وبأنه " إذا استنفذت محكمة أول درجة ولايتها بالحكم فى موضوع الدعوى ورأت محكمة الاستئناف أن الحكم المستأنف باطل لعيب شابه لا يمتد لصحيفة افتتاح الدعوى التى انعقدت بها الخصومة صحيحة ، فانه يتعين على المحكمة الاستئنافية الا تقف عند حد تقرير هذا البطلان والقضاء به بل يجب عليها أن تمضى فى الفصل فى موضوع الدعوى بحكم جديد تراعى فيه الإجراء الصحيح الواجب الإتباع ، فإذا اقتصرت منازعة المدين الصادر ضده أمر بالأداء على أن الدين غير مكتمل الشروط الواجب توافرها لاستصدار أمر بالأداء ولم تنازل ذات إجراءات طلب الأمر ، فان محكمة الاستئناف إذا نصت فى نظر موضوع الدعوى بعد التقرير ببطلان أمر الأداء وبطلان الحكم المستأنف الصادر فى المعارضة التى رفعها المدين بتأييد أمر الأداء لا تكون قد خالفت القانون " (الطعن رقم 515 سنة 29ق جلسة 1964/11/5 س15 ص1003) وبأنه " متى كانت محكمة أول درجة قد استنفذت ولايتها بالحكم فى موضوع الدعوى فان لمحكمة الاستئناف إذا ما تبين لها بطلان الحكم المستأنف -

لا تقف عند حد تقرير هذا البطلان بل يجب عليها أن تمضى فى الفصل فى موضوع بحكم جديد تراعى فيه الإجراءات الصحيحة الواجبة الإتباع لان الاستئناف ينقل الدعوى برمتها إلى المحكمة الاستئنافية ولا يحق لها أن تتخلى عن الفصل فى موضوعها ولا يعد ذلك منها تصديا ولا فصلا فى طلبات جديدة ولا خروجا عن نطاق الاستئناف " (الطعن رقم 537 سنة 26ق جلسة 1962/11/15 س13 ص1012) وبأنه " بطلان الحكم الابتدائي لصدوره فى جلسة سرية – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- لا يسوغ إعادة القضية لمحكمة أول درجة بعد أن استنفذت ولايتها بالحكم فى موضوعها ويتعين على محكمة الاستئناف أن تفصل فيها بحكم جديد تراعى فيه الإجراء الصحيح الواجب إتباعه" (الطعن رقم 95 سنة 30ق جلسة 1965/5/5 س16 ص557) وبأنه " عدم دعوة الخصم للحضور إذا ما قررت المحكمة إعادة الدعوى للمرافعة – ما لم يثبت حضورهم وقت النطق بالقرار – لا يصيب الحكم بالانعدام إنما يعد من حالات البطلان ذلك أن الخصومة – فى هذه الحالة قد انعقدت صحيحة ثم طرا عليها عيب عارض فى إجراء من إجراءاتها " (الطعن رقم 537 سنة 29 ق جلسة 1962/11/15 س13 ص1012) وبأنه " إذا كانت محكمة الاستئناف على الرغم من سبق قضائها ببطلان الحكم الابتدائي فإنها عادت فى حكمها المطعون فيه وأيدته وأحالت فى شأن التدليل على ثبوت واقعة تلفيق التهمة إلى ما هو وارد بذلك الحكم الذى سبق أن أبطلته ، وذكرت أنها تقرر أسبابه فى هذه الواقعة الجوهرية التى يتأسس عليها القضاء بالتعويض ولا يقوم بدونها ، فان الحكم المطعون فيه يكون قد أيد حكما باطلا وأحال على عدم مما يبطله " (الطعن رقم 420 سنة 30ق جلسة 1965/3/18 س16 ص361)

كما قضت أيضا بأنه " لئن أوجبت المادة 349 من قانون المرافعات أن يتضمن الحكم بيانات معينة من بينها " مراحل الدعوى " إلا انه يتعين لاعتبار هذا البيان جوهريا يترتب على إغفاله البطلان أن يكون ذكره ضروريا للفصل فى الدعوى لتعلقه بسير الخصومة فيها باعتباره حقله من حلقاتها قام بين الطرفين نزاع بشأنه " (الطعن رقم 171 سنة 31ق جلسة 1975/5/21 س16 ص1304) وبأنه " للخصوم أن يقدموا طلباتهم " الختامية " وأوجه دفاعهم بالشكل الذى يريدونه ، شفاها أو كتابة أو هما معا ، وإذا كان الثابت أن طرفى النزاع اتفقا على حجز القضية للحكم وصمم كل على طلباته بمحضر الجلسة أن الطاعنين أو احدهما طلب المرافعة الشفوية لاستكمال دفاعه ، فانه لا يكون هناك وجه للقول بوقوع بطلان فى الإجراءات اثر فى الحكم

إذ أنهما بذلك يكونا قد اكتفيا فى مرافعتهما الشفوية بهذا القدر الثابت فى محضر الجلسة " (الطعن رقم 43 سنة 33ق جلسة 1966/3/23 س17 ع2 ص666) وبأنه " لا يعيب فى الحكم خطؤه فى بيان السنة التى صدر فيها القانون الذى استند إليه " (الطعن رقم 144 سنة 36ق جلسة 1970/4/30 س21 ع2 ص782) وبأنه " لما كانت المادة 272 من قانون المرافعات تنص على انه ، " لا يجوز الطعن فى أحكام محكمة النقض بأى طريق من طرق الطعن " فقد أفادت بذلك – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن محكمة النقض هى خاتمة المطاف فى مراحل التقاضى وأحكامها باتة ، ولا سبيل إلى الطعن فيها ، وان المشرع اغتنى عن النص على منع الطعن فى أحكام محكمة النقض بسائر طرق الطعن العادية أو غير العادية لعدم امكان تصوير الطعن بها على أحكام هذه المحكمة ، ولا يستثنى المشرع من ذلك الأصل إلا ما أورده فى الفقرة الثانية من المادة 147 من قانون المرافعات من جواز الطعن ببطلان الحكم الصادر من محكمة النقض إذا قام بأحد القضاة الذين أصدروه سبب من أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها فى المادة 146 من هذا القانون ، وذلك زيادة من الاحتياط والتحوط لسمعة القضاة ، لما كان ما تقدم وكان الطالب لا يستند فى دعواه إلى سبب يندرج ضمن أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها على سبيل التحديد والحصر فى المادة 146 من قانون المرافعات سالفة البيان فان دعواه تكون غير مقبولة " (الطعن رقم 316 سنة 40ق جلسة 1970/6/30 س21 ع2 ص1092) وبأنه " وإن أوجبت المادة 349 من قانون المرافعات أن يتضمن الحكم بيانات معينة بينها ذكر " مراحل الدعوى " إلا انه وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – يتعين لاعتبار هذا البيان جوهريا يترتب على إغفاله البطلان – أن يكون ذكره ضروريا للفصل فى الدعوى لتعلقه بسير الخصومة فيها باعتباره حلقة من حلقاتها قام بين الطرفين نزاع بشأنه ، وإذا كانت محكمة الموضوع قد عدلت ضمنا عن تنفيذ حكم المناقشة ولم يكن تنفيذ هذا الحكم محل نزاع بين طرفيه الخصومة فلا على المحكمة أن هى لم تضمن حكمها المطعون فيه بيانا متعلقا بحكم المناقشة بعد أن أصبح غير ضرورى للفصل فى الدعوى " (الطعن رقم 419 سنة 31ق جلسة 1966/3/29 س17 ع2 ص757) وبأنه " متى كان الطاعنون لم يقدموا ما يدل على أنهم تمسكوا أمام المحكمة الاستئنافية ببطلان الإجراءات التى بنى عليها الحكم الابتدائي فلا يقبل منهم التمسك بهذا البطلان لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم 210 سنة 26 ق جلسة 1971/3/18 س22 ع1 ص322)

وقضت كذلك بأنه " متى كانت محكمة أول درجة قد استنفذت ولايتها بالحكم فى موضوع الدعوى ، وكانت محكمة الاستئناف قد رأت أن الحكم المستأنف باطل لصدوره فى مواجهة شخص لا يمثل النقابة الطاعنة – بعد زوال صفة ممثلها السابق – فانه لا يصح إعادة القضية إلى المحكمة الابتدائية للفص فيها من جديد ، بل يتعين على محكمة الاستئناف أن تمضى فى نظرها وان تفصل فى موضوعها فى مواجهة الممثل الحقيقى للنقابة ، إذ أن الاستئناف فى هذه الحالة يطرح عليها الدعوى بما احتوته من طلبات ودفوع " (الطعن رقم 481 سنة 36 ق جلسة 1971/5/27 س22 ع2 ص702) وبأنه " إذا كان الحكم فيه قد أورد وقائع الدعوى ومراحلها ودفاع الطرفين أمام محكمة أول درجة وما أصدرته المحكمة من أحكام ، ثم استعرض أسباب الاستئناف وانتهى إلى تأييد الحكم المستأنف فيما قضى به للأسباب التى أوردتها وللأسباب التى أضافها ، فانه لا يجدى الطاعن التمسك بما لحق الحكم الابتدائي من بطلان للنقص فى بياناته الخاصة بوقائع الدعوى وأدلتها ، ذلك انه وقد استنفذت محكمة الدرجة الأولى ولايتها بالحكم الصادر منه ، وتدارك لحكم المطعون فيه ما اعتور الحكم الابتدائي من نقص فى بياناته ثم فصل فى موضوع الدعوى بتأييد الحكم المستأنف بعد أن استبان انه صحيح ، فان النعى عليه بالبطلان يكون غير سديد " (الطعن رقم 425 سنة 36 ق جلسة 1971/4/8 س22 ع2 ص459) وبأنه " قبول الطعن فى الحكم لوقوع بطلان فى الإجراءات منوط بان يكون هذا البطلان قد اثر فى الحكم والقضاء بالمقاصة فى مقابل أتعاب المحاماة بعد رفض الاستئناف الاصلى والفرعى ليس دليلا على وجود ها الأثر " (الطعن رقم 31 سنة 37ق جلسة 1971/6/24 س22 ع 2 ص 828) وبأنه " متى كان يبين من الأوراق أن أمر الأداء وان وجه طلبه إلى قاضى الأمور الوقتية إلا انه يبين من الصورة الرسمية لهذا الأمر أن الذى أصدره هو ، بوصفه رئيس للمحكمة ، وليس بصفته قاضيا للأمور الوقتية ، ومؤدى ذلك انه أصدر هذا الأمر بمقتضى سلطته القضائية لا سلطته الولائية ، ومن ثم فان النعى على الحكم المطعون فيه بمقولة انه قضى بتأييد أمر الأداء رغم بطلانه لصدوره ممن لا ولاية له وهو قاضى الأمور الوقتية يكون فى غير محله " (الطعن رقم 230 سنة 37 ق جلسة 1972/5/11 س23 ع2 ص872) وبأنه " نصت المادة الخامسة من القانون رقم 43 لسنة 1965 فى شانه السلطة القضائية على أن تصدر أحكام الاستئناف من ثلاثة مستشارين وإذا كان التشكيل الذى ذهبت عليه هذه المادة مما يتعلق بأسس النظام القضائى ويترتب على مخالفته بطلان الحكم ،

وكان الثابت من بيانات الحكم المطعون فيه ومن محضر جلسة النطق به أن الهيئة التى أصدرته مشكلة برئاسة المستشار رئيس المحكمة وعضوية ثلاثة مستشارين هم ، خلال لما أوجبه القانون ، فان هذا الحكم يكون باطلا " (الطعن رقم 221 سنة 37 ق جلسة 1972/5/18 س23 ع2 ص 959) وبأنه " يكون حكم محكمة الاستئناف باطلا إن هى تصدت للموضوع وترتب على ذلك تفويت درجة من درجات التقاضى ولا يزيل هذا البطلان عدم تمسك الطاعن أمامها بطلب إعادة القضية إلى محكمة أول درجة ، ذلك أن مبدأ التقاضى على درجتين هو من المبادئ الأساسية للنظام القضائى التي لا يجوز للمحكمة مخالفتها ولا يجوز للخصوم النزول عنها " (الطعن رقم 393 سنة 37ق جلسة 1972/5/23 س23 ع2 ص981) وبأنه " خلو الحكم مما يفيد صدوره باسم الأمة أو الشعب لا ينال من شرعيته أو يمس ذاتيته ، تأصيل ذلك ، البين من نصوص الدساتير المصرية وقوانين السلطة القضائية المتعاقبة أن الشارع لم يعرض فيها البتة للبيانات التى يجب إثباتها فى ورقة الحكم، لنص على أن تصدر الأحكام وتنفذ باسم الأمة أو الشعب يفصح عن هذا الصدور فى ذاته أمر مفترض بقوة الدستور نفسه ولا يتطلب اى عمل ايجابي من احد ولا يعتبر من بيانات الحكم طبقا للمادة 178 مرافعات ، 310 إجراءات إيراد اسم الأمة أو الشعب بورقة الحكم ليس إلا عملا ماديا لاحقا كاشفا عن ذلك الأمر المفترض وليس منشئا له " (الطعن رقم 1015 سنة 43ق "هيئة عامة")وبأنه " وانه وان كان يجب على المحكمة إخطار طرفى الخصومة للاتصال بالدعوى إذا بدا لها أن تعيدها للمرافعة وان هذا الإخطار لا يتم إلا بإعلانها قانونيا ، أو ثبوت حضورهما وقت النطق بالقرار ولا يغنى عن إعلان الغائب صدور القرار بإعادة الدعوى للمرافعة بناء على طلب تقدم به قبل الجلسة إلا أن الطاعنين لا يفيدها بطلان الحكم الابتدائي المستند إلى هذا الأساس ، إذا كانت الأسباب التى أضافها الحكم المطعون فيه مستقلة عن أسباب الحكم المستأنف ، وافية فى حد ذاتها لحمل قضاءه ، وإذا كان يبين من الرجوع إلى الحكم المطعون فيه انه أقام قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي على ما أورده فى أسبابه التى أضافها ، كما اعتمد على تقرير الخبير المنتدب فى الدعوى والذى اطمأن إليه بعد أن أورد الرد على اعتراضات الطاعنين ، كما أورد الأدلة السائغة على توافر سوء النية فى حيازتهم الحمل قضاءه وهى مستقلة عن أسباب الحكم الابتدائي التى اقتصرت على الأخذ بتقرير الخبير ،

فان التمسك بخطأ الحكم المطعون فيه فيما أورده بمنطوقه من تأييد الحكم الابتدائي الذى بنى على إجراءات باطلة لا يحقق سوى مصلحة نظرية صرف ، ويكون النعى عليه غير منتج ولا جدوى منه" (الطعن رقم 260 سنة 37ق جلسة 1972/5/11 س23 ع2 ص890) وبأنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه لا يبطل الحكم إذا وقع فى أسباب خطأ فى القانون مادام هذا الخطأ لم يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها " (الطعن رقم 393 سنة 35ق جلسة 1972/4/8 س23 ع2 ص663) وبأنه " إذا أوجبت المادة 175 من قانون المرافعات توقيع الرئيس والقضاة على مسودة الحكم المشتملة على أسبابه فإنها لم تشترط تعدد توقيعاتهم بتعدد أوراق المسودة لان تلك المسودة تعتبر وحدة واحدة فيكفى التوقيع فى نهاية الأسباب ، إذ كان ذلك وكان الثابت من الإطلاع على مسودة الحكم الصادر من محكمة أول درجة انها حررت فى اثنى عشرة ورقة منفصلة الأخيرة منها قد انتهت فيها الأسباب بمنطوق الحكم وذيلت بتوقيعات القضاة الثلاثة الذين أصدروه ، فان حسب الحكم هذا ليكون بمنأى عن البطلان " (الطعن رقم 539 سنة 39ق جلسة 1975/1/7 س26 ص124) وبأنه " وجود مانع مادى لدى القاضى الذى اشترك فى وضع الحكم من الحضور وقت تلاوته توقيعه على المسودة ، لا بطلان ، عدم لزوم الإفصاح فى الحكم عن بيان المانع المادة 170من قانون المرافعات " (الطعن رقم 16 سنة 41ق " أحوال شخصية " جلسة 1975/3/26 س26 ص687) وبأنه " بيان المحكمة التى أصدرت الحكم – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة –ليس له أهمية جوهرية بعد بيان اسم المحكمة التى أصدرته ومن ثم فان عدم ذكر المكان لا يترتب عليه بالبطلان " (الطعن رقم 288 سنة 38ق جلسة 197/5/12 س25 ص859) وبأنه " لما كان يبين من الحكم المطعون فيه انه بعد أن أورد وقائع النزاع وأسانيد الحكم الابتدائي أشار إلى موجز لأسباب الاستئناف الذى رفعته الشركة (الطاعنة) من هذا الحكم ثم اقتصر على إضافة العبارة الآتية " وحيث أن ينقل بعد ذلك من الحكم رقم 56 سنة 24ق تجارى ابتداء من السطر الثامن من الصفحة الثالثة حتى نهايته " دون أن تنقل الأسباب التى أحال عليها ثم قضى برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف ـ وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الأصل أن يكون الحكم مستوفيا بذاته جميع أسبابه ، وإذا صح للمحكمة أن تحيل على أسباب حكم آخر صدر فى دعوى أخرى ، فشرط ذلك أن يكون هذا الحكم قد سبق صدوره بين نفس الخصوم ومودعا ملف الدعوى وأصبح من ضمن مستنداتها وعنصرا من عناصر الإثبات فيها يتناضل الخصوم فى دلالته ،

وإذا كان الحكم الصادر فى الاستئناف رقم2656 ق الذى أحال الحكم المطعون فيه إلى أسبابه – فى مقام الرد على استئناف الشركة الطاعنة – لم يكن مقدما فى الدعوى الحالية فلا يعتبر من الشركة الطاعنة – لم يكن مقدما فى الدعوى الحالية فلا يعتبر من ضمن مستنداتها ولا يشفع فى ذلك أن الحكم المحال إلى أسبابه قد صدر من المحكمة نفسها فى نفس اليوم بين الخصوم أنفسهم ، إذ كان من المتعين على المحكمة وقد أحالت فى قضائها فى الدعوى الحالية على أسباب الحكم الصادر فى الاستئناف رقم 56 سنة 24 ق أن تورد الأسباب التى تصلح أسباب لقضائها فيها ، وإذ هى لم تفعل واكتفت بإحالتها عليه على النحو – سالف البيان – فان إحالتها تكون قاصرة لا تجزئ عن تسبيب قضائها ، ويكون الحكم المطعون فيه قد عاره بطلان جوهرى يستوجب نقضه " (الطعن رقم 393 سنة 39ق جلسة 1974/1/29 س25 ص 1169) وبأنه " وان كان يبين من مذكرة المطعون عليهم المقدمة لمحكمة الاستئناف فى فترة حجر القضية للحكم أنها خلو مما يفيد إطلاع الطاعنة عليها ، إلا انه يبين من الحكم المطعون فيه ، انه لا يعول على شئ مما جاء بهذه المذكرة ، بل ولم يسر إليها إطلاقا ، ومن ثم فان قبول المحكمة لمذكرة المطعون عليهم ، لا يكون قد اخل بأى حق للطاعنة وبالتالى يكون النعى – ببطلان الحكم – على غير أساس" (الطعن رقم 519 سنة 35ق جلسة 1973/5/2 س24 ع2 ص703) وبأنه " التناقض الذى يبطل الحكم هو ما تتماحى به أسبابه ، أو ما يكون واقعا فى الأسباب بحيث لا يمكن معه فهم أساس قضاء المنطوق " (الطعن رقم 53 سنة 38ق جلسة 1974/1/1 س25 ص92) وبانه " اذا كان القصور الذى يترتب عليه بطلان الحكم هو ما يرد فى أسباب الحكم الواقعية فانه لا يعيب الحكم التفاته عن الرد على ما يتمسك به الخصم من دفاع لا سنده له من القانون مادامت النتيجة التى انتهت إليها الحكم موافقة للقانون " (الطعن رقم 459 سنة 38ق جلسة 1974/3/26 س25 ص561) وبأنه " مفاد نصوص المواد 167، 170 ، 178 من قانون المرافعات وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – انه إذا تخلف احد القضاة الذين أصدروا الحكم عن حضور جلسة النطق به بسبب مانع قهرى فوقع على مسودته المشتملة على منطوقه وأسبابه وحل غيره محله وقت النطق بالحكم وجب إثبات ذلك فى الحكم والا لحقه البطلان وإذا كان الثابت من الحكم انه يبين فى صدوره الهيئة التى أصدرته – وهى الهيئة التى سمعت المرافعة واشتركت فى المداولة –

ثم نوه فى خاتمته بان عضو تلك الهيئة السيد المستشار .. الذى لم يحضر تلاوته قد اشترك فى المداولة فيه ووقع على مسودته ، فان النعى على الحكم المطعون فيه بالبطلان يكون على غير أساس " (الطعن رقم 361 سنة 39ق جلسة 1975/4/7 س26 ص755)

ومن أحكامها كذلك انه " من الأصول العامة فى النظام القضائى ما نصت عليه المادة 339 من قانون المرافعات السابق انه " لا يجوز أن يشترك فى المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة والا كان الحكم باطلا ومن ثم فورود اسم احد القضاة فى ديباجة الحكم ضمن أعضاء الهيئة التى أصدرته وان كان يجوز أن يكون نتيجة خطا مادى يقع عند إصدار الحكم وتحريره فلا يترتب عليه بطلان الحكم ، إلا أن تصحيح هذا الخطأ يجب أن يستمد مما هو ثابت بمحضر جلسة النطق بالحكم الذى يعتبر مكملا له أن تكون المحكمة قد خلصت إلى هذه النتيجة بأسباب سائغة تؤدى إليها " (الطعن رقم 382 سنة 38ق جلسة 1974/9/9 س25 ص840) وبأنه " التناقض الذى يبطل الحكم ويؤدى إلى نقضه هذا التناقض الذى يقع فى الأسباب بحيث لا يفهم معه على اى أساس قضت المحكمة بما قضت به فى المنطوق ، أما التناقض فى المنطوق فهو من أحوال الطعن بطريق الالتماس " (الطعن رقم 601 سنة 39ق جلسة 1975/3/12 س 26 ص 568) وبأنه " تضمين الخصم دفاعه انه يحتفظ بالحق فى الطعن بالتزوير على السند موضوع الدعوى دون أن يتخذ فى ذلك اى إجراء ، التفات الحكم عن ذلك الدفاع تأسيسا على انه غير جدى لعدم اتخاذ طريق الطعن بالتزوير ورغم طول أمد الخصومة أمام درجتى التقاضى لا بطلان " (الطعن رقم 362 سنة 41ق جلسة 1975/5/29 س26 ص1124) وبأنه " بطلان الحكم لإغفاله وجه دفاع أبداه الخصم شرطه أن يكون الدفاع جوهريا ومؤثرا فى نتيجة الحكم " (الطعن رقم 664 سنة 40ق جلسة 1975/6/24 س 26 ص 1264) وبأنه " النعى على الحكم بان النيابة لم تكن آخر من يتكلم ، ليس من شانه إبطال الحكم ، إذ أن البطلان هنا لا يكون إلا إذا طلبت النيابة العامة الكلمة الأخيرة وحيل بينها وبين ما أرادت " (الطعن رقم 4 سنة 42ق " أحوال شخصية " جلسة 1975/5/28 س26 ص1103) وبأنه " أوجبت المادة 178 من قانون المرافعات فى فقرتها الأولى إلى تضمين الحكم بيانات معينة عددتها هذه الفقرة من بينها نص ما قدمه الخصوم من طلبات أو دفاع أو دفوع وخلاصة ما استندوا إليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية إلا أن هذه المادة كما يبين من فقرتها الثانية لم ترتب البطلان الا على القصور فى أسباب الحكم الواقعية والنقص أو الخطأ الجسيم فى أسماء الخصوم وصفاتهم وكذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم

أما عدا ذلك من البيتان المذكورة فى الفقرة الأولى فانه لا يترتب على إغفالها بطلان الحكم ، ومؤدى ذلك أن إغفال الحكم ذكر وجه دفاع أبداه الخصم لا يترتب عليه بطلان الحكم إلا إذا كان هذا الدفاع جوهريا ومؤثرا فى النتيجة التى انتهى إليها الحكم بمعنى ان المحكمة لو كانت قد بحثته لجاز أن تتغير به هذه النتيجة إذ يعتبر عدم بحث مثل هذا الدفاع قصور فى أسباب الحكم الواقعية مما يترتب عليها البطلان طبقا للفقرة الثانية من المادة 178من قانون المرافعات سالفة الذكر " (الطعن رقم 592 سنة 40ق جلسة 1976/3/30 س27 ص792) وبأنه " لئن كان قبول مذكرات أو أوراق من احد الخصوم دون إطلاع الخصم الآخر عليها جزاؤه البطلان إلا أن هذا البطلان لا يصلح سببا للطعن بالنقض وفقا لنص المادة 3/248 من قانون المرافعات إلا إذا كان من شانه التأثير فى الحكم ، وإذا كان الطاعن لم يبين فى سبب النعى ما احتوته مذكرة المطعون ضدها من دفاع حرم من مناقشته وكان له اثر فى الحكم المطعون فيه فان - نعيه - ببطلان الحكم بسبب عدم إطلاعه على تلك المذكرة - يكون قاصر البيان وغير مقبول أمام محكمة النقض " (الطعن رقم 621 سنة 39ق جلسة 1976/5/31 س27 ص1240) وبأنه " لا يبطل الحكم ما وقع فى أسبابه من تقريرات قانونية خاطئة لا تأثير لها على النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها الحكم " (الطعن رقم 757 سنة 42ق جلسة 1976/6/23 س27 ص1405) وبأنه " النقص أو الخطأ فى أسماء الخصوم وصفاتهم الذى لا يكون من شأنه التشكيك فى حقيقة الخصم واتصاله بالخصوم المرددة فى الدعوى ، عدم ترتيب بطلان الحكم المادة 178 من قانون المرافعات " (الطعن رقم 31 سنة 44ق جلسة 1976/12/8 س17 ص1721) وبأنه " القضاء بتحديد أنصبة الورثة خضوعه لأحكام الشريعة الإسلامية من جهة صحته وقوته وأثره القانونى ، مخالفته نصا فى القران أو السنة أو الإجماع أثره وجوب إبطال الحكم وإهداره ، عدم اكتساب قوة لأمر المقضى إلا إذا اتصل به قضاء فى محل مجتهد فيه " (الطعن رقم 358 سنة 40ق جلسة 1975/6/23 س26 ص1241) وبأنه " مفاد نص الفقرة الأولى من المادة 178 من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968 - الذى صدر الحكم المطعون فيه فى ظله - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن بيان اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية ليس من البيانات الأساسية التى يترتب على إغفالها بطلان الحكم اكتفاء بإبداء النيابة رأيها بالفعل فى مذكراتها ، ولما كان ذلك وكانت النيابة قد أبدت رأيها فى القضية وأثبتت ذلك فى الحكم فان النعى عليه بالبطلان لخلوه من بيان اسم عضو النيابة يكون على غير أساس " (الطعن رقم 6 سنة 44ق " أحوال شخصية " جلسة 1976/1/7 س27 ص157)

وبأنه " متى كان الثابت أن الإجراءات المدعى ببطلانها قد تمت أمام محكمة أول درجة ، ولم تتمسك الطاعنة بهذا البطلان أمام محكمة الاستئناف ، وكان هذا البطلان ليس يتعلق بالنظام العام ، فانه لا يقبل من الطاعنة أن تتحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم 134 سنة 41ق جلسة 1976/1/19 س27 ص240) وبأنه " النص فى المادة 175 من قانون المرافعات على انه " يجب فى جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق بالحكم والا كان باطلا " يدل على أن المشرع أوجب أن تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعا عليها من جميع أعضاء الهيئة التى أصدرته والا كان الحكم باطلا ، ولا يغنى من هذا الإجراء توقيعهم جميعا على الورقة المتضمنة منطوق الحكم وهى متى كانت الورقة منفصلة عن الأوراق المشتملة على أسبابه ، أما إذا حررت الأسباب على أوراق منفصلة اشتملت الأخيرة منها على جزء من هذه الأسباب واتصل بها منطوق الحكم ثم وقع عليها جميع القضاة الذين أصدروه فان التوقيع على هذه الورقة إنما هو توقيع على المنطوق والأسباب معا مما يتحقق به غرض الشارع فيما استوجبه من توقيع القضاة الذين أصدروا الحكم على مسودته المشتملة على أسبابه فلا يكون الحكم باطلا ، لما كان ذلك وكان ما أورده الطاعن فى نعيه من أن الهيئة الأخيرة من أوراق مسودة الحكم اشتملت على توقيعات أعضاء الهيئة التى أصدرته فى نهاية المنطوق ، لا يفيد خلو الورقة من جزء من الأسباب وهو مناط البطلان فى هذه الحالة فان النعى فى هذا الوجه يكون مجهلا " (الطعن رقم 31 سنة 41ق جلسة 1976/12/8 س27 ص1721) وبأنه " إذ كانت المادة 187 من قانون المرافعات قد أوردت البيانات الواجب أن يشتمل عليها الحكم على سبيل الحصر ولم يرد من بينها رقم الدعوى ، فان مقتضى ذلك أن الخطأ الوارد فى الحكم المطعون فيه فى خصوص هذا البيان لا يؤثر فى سلامته ولا يجهل بالحكم ، لما كان ذلك فانه وان كان بين من مطالعة الحكم المطعون فيه انه أورد فى ديباجته ان الاستئناف مرفوع عن الحكم رقم 924 لسنة 1967 ، مع إن صحة رقمه 924 سنة 1970 إلا انه لما كان الثابت أن الدعوى الأخيرة هى التى كانت مرفقة بالملف الاستئنافى وكانت هذه الدعوى هى التى تناولها دفاع الطرفين الذى حصله الحكم المطعون فيه وقضى فى شأنه فإن النعى على الحكم بالبطلان لهذا السبب يكون فى غير محله " (الطعن رقم 348 سنة 43ق جلسة 1977/2/23 س28 ص542)

وبأنه " إذ أوجبت المادة 178 من قانون المرافعات – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يتضمن الحكم بيان أسماء الخصوم وألقابهم وصفتهم قد قصدت بذلك التعريف بأشخاص وصفات من تتردد بينهم الخصومة فى الدعوى التى صدر فيها الحكم تعريفا للجهالة له أو اللبس حتى لا يكتنف الغموض شخص المحكوم له أو المحكوم عليه ، وإذ رتبت هذه المادة البطلان على " النقص أو الخطأ الجسيم فى أسماء الخصوم وصفاتهم " إنما عنت النقص أو الخطأ اللذين تترتب عليهم التجهيل بالخصم أو اللبس فى التعريف بشخصيته مما قد يؤدى إلى عدم التعرف على حقيقة شخصيته أو الى تغيير شخص الخصم بآخر لا شان له بالخصومة فى الدعوى ولما كان لا يغنى عن هذا البيان امكان معرفة اسم الخصم من ورقة أخرى من أوراق الدعوى ولو كانت رسمية إلا أن الحكم يجب – أن يكون مشتملا بذاته على استكمال شروط صحته بحيث لا يقبل تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية التى يستلزمها القانون لصحته بأى دليل آخر غير مستمد منه ، وإذ صدر الحكم المطعون فيه مغفلا فى ديباجته ومدوناته اسم الطاعنة الثالثة إغفالا تاما وكان من شان ذلك أن يشكك فى حقيقة وضع الطاعنة الثالثة اتصالها بالخصومة المرددة فى الدعوى ولا يغنى عن ذلك ما أورده الحكم المطعون فيه من أن المحكوم ضدهم طعنوا عليه بطريق الاستئناف لان بعض المحكوم عليهم ارتضوا حكم محكمة أول درجة ولم يستأنفوه ويكون الحكم قد اغفل بيانا جوهريا من بياناته يترتب عليه بطلانه " (الطعن رقم 7 سنة 45ق " أحوال شخصية " جلسة 1977/2/23 س28 ص563)

كما قضت بأنه " إذا كانت الفقرة الأولى من المادة 178 من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم 13 لسنة 1973 قد تضمنت ذكر البيانات التى يجب أن يتضمنها الحكم ومن بينها ما إذا كان صادرا فى مادة تجارية أو مسالة مستعجلة وكانت الفقرة الثالثة من ذات المادة قد بينت بيان حصر اى تلك البيانات يترتب على إغفاله بطلان الحكم وليس من ضمنها هذا البيان الذى قصد به ألا يخفى على المحضر الذى يتولى التنفيذ أن الحكم واجب النفاذ بقوة القانون وكانت المادة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه مدنية عادية وليس تجارية ولا مستعجلة فان الحكم ليس ملزما بيان نوعها إذ هذا البيان ليس مطلوبا إلا إذا كانت المادة تجارية أو مستعجلة " (الطعن رقم 647 سنة 43ق جلسة 1977/6/1 س 28 ص1340) وبأنه " مفاد نص المادة 221 من قانون المرافعات ، أن المشرع رأى أن الحكم الباطل أو المبنى على إجراءات باطلة ،

ذوان صدر رأيهما بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى ، ليسا جديرين بان يحوزا حجية الشئ المحكوم به ، فاعتبر فتح باب الاستئناف فهيما رغم انعدام وسيلة الطعن بمثابة ضمانة ، ومؤدى المادة 178 من قانون المرافعات معدل بالقانون رقم 13 لسنة 1973 أن المشرع لم يرتب بطلان الحكم صراحة إلا على القصور فى أسبابه الواقعية دون الأسباب القانونية ، ومن ثم فان المادة 221 انفه الإشارة إنما تجيز على سبيل الاستثناء استئناف الأحكام الانتهائية الصادرة من محاكم الدرجة الأولى متى شابها البطلان للقصور فى أسباب الحكم الواقعية ولم تجزه إذا بنى على مخالفة القانون " (الطعن رقم 117 سنة 46ق جلسة 1979/4/4 س30 ع2 ص16) وبأنه " إغفال المحكمة الرد على أوجه دفاع أبداها الخصم لا يعدو من قبيل القصور فى أسباب الحكم الواقعية بحيث يرتب عليه بطلانه ، إلا إذا كان الدفاع جوهريا ومؤشرا فى النتيجة التى انتهى إليها بحيث أن المحكمة لو كانت قد محصته لجاز إن يتغير وجه الرأى فيها " (الطعن السابق) وبأنه " من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إن إغفال الحكم ذكر وجه دفاع أبداه الخصم لا يترتب عليه بطلان الحكم إلا إذا كان هذا الدفاع جوهريا ومؤثرا فى النتيجة التى انتهى إليها الحكم ، بمعنى أن المحكمة لو كانت بحثته لما انتهت إلى هذه النتيجة إذ يعتبر عدم تحقيق هذا الدفاع قصورا فى أسباب الحكم الواقعية مما يترتب عليه البطلان طبقا للمادة 178 من قانون المرافعات " (الطعن رقم 161 سنة 44ق جلسة 1979/5/17 س30 ع2 ص373) وبأنه " وإن كانت المادة 178 من قانون المرافعات قد أوجبت تضمين الحكم بيانات معينة من بينها تاريخ إصداره ، إلا أن هذه المادة كما بين من فقرتها الثالثة لم ترتب البطلان وإلا على القصور فى أسباب الحكم الواقعية والنقص أو الخطأ الجسيم فى أسماء الخصوم وصفاتهم وكذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم ، ومؤدى ذلك أن إغفال إثبات تاريخ الحكم لا يترتب عليه البطلان " (الطعن رقم 20 سنة 47ق جلسة 1979/12/3 س30 ع3 ص140) وبأنه " مفاد نص المادتين 1/63 – 240 من قانون المرافعات انه وان كان يلزم لاجراء المطالبة القضائية ايداع صحيفة الاستئناف قلم كتاب المحكمة وهو ما يترتب عليه – كاثر اجرائى – بدء الخصومة الا ان اعلان صحيفة الاستئناف الى المستانف عليه يبقى اجراء لازما لانعقاد الخصومة بين طرفيها

ويكون وجودها الذى بدا بايداع صحيفة الاستئناف قلم الكتاب معلقا على شرط اعلانها الى المستانف عليه اعلانا صحيحا فان تخلف هذا الشرط حتى صدور الحكم الاستئنافى زالت الخصومة كاثر للمطالبة القضائية ، ومن ثم تبطل الخصومة التى لم تعلن صحيفتها هى وجميع الاحكام التى تصدر فيها فيقع باطلا الحكم الصادر على من لم يعلن اطلاقا بصحيفة الاستئناف ، لما كان ذلك وكان البين من الاوراق ان المطعون ضده الاول رفع الاستئناف محل التداعى بصحيفة اودعها قلم الكتاب لم تعلن الى الحارس الطاعن ، واذ فصلت المحكمة الاستئنافية فى هذا الاستئناف بالحكم المطعون فيه على الرغم من عدم اجراء ذلك الاعلان فان الحكم يكون باطلا " (الطعن رقم 761 سنة 40ق جلسة 1979/12/29 س30 ع3 ص 407) وبأنه " اشتراك احد القضاه فى المداولة دون سماع المرافعة او عدم اثبات تخلف احدهم عند النطق بالحكم مع توقيعه على مسودته وحلول غيره محله اثره ، بطلان الحكم ، عدم جواز مخاصمة القاضى لها السبب طالما لم ينص القانون على مساءلته ، القياس على نص المادة 175 مرافعات غير جائز "(الطعن رقم 920 سنة 46ق جلسة 1980/2/14 س31 ص 514) وبأنه " وجوب ايداع مسودة الحكم عند صدوره ، عدم ترتب البطلان اذا اودعت المسودة بالملف عندئذ ثم تبين عدم وجودها به فى تاريخ لاحق " (الطعن السابق) وبأنه " النص فى المادة 167 من قانون المرافعات على انه لا يجوز ان يشترك فى المداولة غير القضاه الذين سمعوا المرافعة والا كان الحكم باطلا ، والنص فى المادة 170 من هذا القانون على وجوب ان يحضر القضاه الذين اشتركوا فى المداولة تلاوة الحكم فان حصل لاحدهم مانع وجب ان يوقع مسودة الحكم ، ثم النص فى المادة 178 من هذا القانون على وجوب ان يبين فى الحكم اسماء القضاه الذين سمعوا المرافعة واشتركوا فى الحكم وحضروا تلاوته ، مفاده ان النعى ببطلان الحكم لصدوره من قضاه غير الذين سمعوا المرافعة يكون شاهده ودليل ثبوته هو نسخة الحكم ذاته ولا يكفى فى اثبات محضر الجلسة التى تلى بها منطوق الحكم ، ولك ان العبرة بسلامة الحكم فى هذا الصدد هو بالهيئة التى اصدرته لا الهيئة التى نطقت به ، وليس ثمة ما يمنع من مشاركة قاض فى الهيئة التى نطقت بالحكم وحلوله محل القاضى الذى سمع المرافعة واشترك فى اصدار الحكم ووقع مسودته ثم تغيب لمانع عند النطق به وهو بيان يثبت بنسخة الحكم الاصلية ولا يتطلب القانون اثباته بمحضر الجلسة " (الطعن رقم 648 سنة 49ق جلسة 1980/4/24 س31 ص1201)

وبانه " توجب المادة 178 من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم 13 سنة 1973 ان يشتمل الحكم على اسبابه الواقعية من عرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهرى الذى تتاثر به نتيجة النزاع ويتغير به وجه الراى فى الدعوى ورتبت البطلان جزاء على اغفالها او القصور فيها ، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه ان منازعة طرفيه تدور حول المطالبة بقيمة سند اذنى مؤرخ 1973/11/1 دفع بانه حرر بمناسبة عملية تجارية وضمانا لها وهو موضوع يغاير وقائع الحكم المستانف الذى يدور الخلاف بين طرفيه حول فوائد ما لم يدفع من الثمن ، مما تكون اسباب الحكم المطعون فيه قد خلت مما قدمه من طلبات واوجه دفاع او دفوع وخلاصة ما استندوا اليه من الادلة الواقعية مخالفا بذلك نص المادة 178 من قانون المرافعات مخالفة تستوجب نقضه " (الطعن رقم 494 سنة 46ق جلسة 1980/3/4 س31 ص719) وبأنه " الحكم طبقا لنص المادة 178 من قانون المرفعات يجب ان يكون مبنيا على اسباب واضحة جلية ، كافية تحمل الدليل على ان القاضى بحث النزاع المطروح امامه بحثا دقيقا يبين فى حكمه موضوع الدعوى وطلبات الخصوم وسند كل منهم وان يذكر ما استخلص ثبوته من الوقائع وطريق هذا الثبوت ، والذى طبقه من القواعد القانونية ، فاذا هو قصر فى ذلك كان حكمه باطلا ، واذ كان ذلك وكان الحكم لم يبين فى تفصيل الادلة الواردة بمحضر الشكوى التى استندت اليها المحكمة فى تكوين عقيدتها ، ولا هو اورد ادلة غيرها ، مما يكون معه الحكم قد بنى على اسباب مجملة مقتضبة لا تعين على فهمه وتعجز محكمة النقض عن رقابتها فى تطبيق القانون ، فان الحكم يكون باطلا بطلانا جوهريا " (الطعن رقم 558 سنة 46ق جلسة 1981/6/20 س32 ص1852) وبأنه " غموض منطوق الحكم وابهامه لا يؤدى الى بطلان الحكم ، فلا يجوز الطعن فيه بالنقض بسبب هذا الغموض ، والسبيل الى بيان ما غمض من منطوقه او ازالة ابهامه هو الرجوع الى المحكمة التى اصدرته لتفسير ما وقع فى منطوقه من غموض او ابهام وفق ما تقضى به المادة 192 من قانون المرافعات " (الطعن رقم 649 سنة 48 ق جلسة 1982/5/6 س33 ص493) وبأنه " يدل نص المادة 175 من قانون المرافعات على ان المشرع اوجب أن تودع مسودة الحكم المشتملة على اسبابه موقعا عليها من جميع اعضاء الهيئة التى أصدرته والا كان الحكم باطلا " (الطعن رقم 1833سنة 51ق جلسة 1982/6/6 س33 ص674)

كذلك من احكامها فى هذا الصدد أنه " القصور المؤدى للبطلان هو القصور فى الاسباب الواقعية دون الاسباب القانونية التى لمحكمة النقض ان تستكمل ما قصر الحكم فى بيانها " (الطعن رقم 522 سنة 45ق جلسة 1983/1/13 س34 ص202)وبأنه " التناقض الذى يبطل الحكم – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – التهاتر الذى يعترى الاسباب بحيث لا يفهم منه على اى اساس قضت المحكمة بما قضت به فى المنطوق وليس من التناقض ان يكون فى عبارات الحكم ما يوهم بوقوع مخالفة بين الاسباب بعضها ما دام قصد المحكمة ظاهرا ورايها واضحا " (الطعن رقم 522 سنة 45ق جلسة 1983/1/13 س34 ص202)وبأنه "البطلان الناشئعن صدور حكم على من توفى اثناء سير الخصومة هو بطلان نسبى ليس لغير ورثته التمسك به " (الطعن رقم 251 سنة 49ق جلسة 1984/11/9 س35 ص 1808) وبأنه " من المقرر انه متى كان الحكم قد اصاب صحيح القانون فى نتيجته فلا يبطله قصوره فى الافصاح عن سنده القانونى اذا لمحكمة النقض ان تستكمل ما قصر الحكم فى بيانه من ذلك " (الطعن رقم 542 سنة 50ق جلسة 1983/4/14 س34 ص969) وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان ثبوت عدم اطلاع محكمة الموضوع على الورقة المطعون عليها بالتزوير او الانكار بعيب الحكم الصادر بشان هذه الورقة ويبطله اذ هى صميم الخصومة ومدارها " (الطعن رقم 382 سنة 55ق جلسة 1991/2/28 س42 ص634) وبأنه " النص فى المادة 174 من قانون المرافعات على انه ينطبق القاضى بالحكم بتلاوة منطوقه ، او بتلاوة منطوقه مع اسبتبه ، ويكون النطق به علانية والا كان الحكم باطلا ، يدل على ان المشرع رتب البطلان جزاء على عدم النطق بالحكم بتلاوة منطوقه او منطوقه مع اسبابه فى جلسة علنية ، لما كان ذلك وكان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان الاصل فى الاجراءات انها روعيت ما لم يقم الدليل على على خلاف ذلك وكان الثابت من محضر جلسة .... التى نطق فيها بالحكم المطعون فيها انها لم تنعقد فى غرفة مشورة مما مفاده انعقادها فى علانية ، وان تضمين النسخة الاصلية للحكم المطعون فيه صدوره فى غرفة مشورة لا يعدو ان يكون خطا ماديا لا يرتب البطلان " (الطعن رقم 208 سنة 59ق جلسة 1991/3/12 س42 ص707) وبأنه " المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – انه اذا كان الحكم مؤسسا على تحصيل امر واقعة من جملة اوله او قرائن مجتمعة ، لا يعرف ايها كان اساسا جوهريا فى تكوين عقيدة المحكمة ،

بحيث لا يبين اثر كل واحدة منها فى تكوين تلك العقيدة ، ثم تبين فساد بعضها بحيث لا يعرف ماذا يكون قضاءها مع استبعاد هذا الدليل او تلك القرينة التى ثبت فسادها فان الحكم يكون قد عاره بطلان جوهرى " (الطعن رقم 2044 سنة 60ق جلسة 1991/4/24 س42 ص931) وبأنه " خلو تشكيل المحكمة الابتدائية التى اصدرت الحكم فى الطعن على قرار لجنة المنشات الايلة للسقوط من مهندس ، اثره بطلان الحكم بطلانا متعلقا بالنظام العام ، جواز التمسك به لاول مرة امام محكمة النقض اذا كان تحت نظر محكمة الاستئناف عند الحكم فى الدعوى جميع العناصر التى تتمكن بها من الالمام به من تلقاء نفسها والحكم فى الدعوى على موجبه" (الطعن رقم 1716 سنة 56ق جلسة 1991/4/28 س42 ص985) وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه اذا كان الحكم قد بنى على واقعة لا سند له فى اوراق الدعوى فانه يكون باطلا " (الطعن رقم 1181 سنة 61ق جلسة 1991/12/9 س42 ص1800) وبأنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان الطعن فى الحكم لوقوع بطلان فى الاجراءات منوط بان يكون البطلان قد اثر فى الحكم " (الطعن رقم 410 سنة 56 ق جلسة 1991/12/12 س42 ص1823)

البطلان المتعلق بصحيفة الدعوى :

صحيفة افتتاح الدعوى هى الاساس الذى تقدم عليه كل اجراءاتها ، فاذا حكم ببطلانها فانه ينبنى على لك الغاء جميع الاجراءات اللاحقة لها ، زوال جميع الاثار التى ترتبت على رفعها واعتبار الخصومة لم تنعقد ، وان كان ذلك لا يمنع صاحب المصلحة من تجديد الخصومة اذا شاء باجراءات مبتدأة متى انتفى المانع القانونى من ذلك . (الطعن رقم 115 سنة 38 ق جلسة 1972/5/15 س 24 ع 2 ص 748)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " البطلان الذى يزول بحضور الخصم – طبقا للمادة 140 من قانون المرافعات – هو البطلان الناشئ عن عيب فى اعلان اوراق التكليف بالحضور او فى بيان المحكمة او تاريخ الجلسة او عند عدم مراعاة مواعيد الحضور لا البطلان الناشئ عن عدم مراعاة الاوضاع الجوهرية المنظمة لطريق رفع الدعاوى والطعن فى الاحكام على الوجه المبين بالقانون ،

فاذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى ببطلان صحيفة الدعوى الابتدائية (طلب تعديل قرار لجنة الطعن بتقرير تركه) لرفعها بعريضة اودعت قلم الكتاب لا بتكليف بالحضور على ما اقتضت به المادة 54 من القانون رقم 14 لسنة 1939 ولم يعول على ما تمسكت به الطاعنتان من ان حضور مصلحة الضرائب من شانه ان يزيل هذا البطلان فإنه لا يكون قد خالف القانون او اخطا فى تطبيقه " (الطعن رقم 464 سنة 26 ق جلسة 1961/12/20 س 12 ص 806 ، الطعن رقم 153 سنة 29 ق جلسة 1964/1/29 س 15 ص 136) وبأنه " الدفع ببطلان الدعوى للتجهيل بالمدعى به هو فى قانون المرافعات الملغى والقائم على السواء دفع شكل يجب ان ابداؤه قبل التعرض لموضوع الدعوى والا سقط الحق فى التمسك به ، البطلان الذى يلحق الصحيفة بسبب هذا التجهيل بطلان نسبى لا يتعلق بالنظام العام وقد اعتبر المشرع الكلام فى الموضوع مسقطا فى جميع الاحوال للحق فى التمسك بهذا الدفع ، ومن ثم فاذا كان هذا الدفع لم يبد الا بعد المرافعة فى دعوى الشفعة وطلب رفضها لانعدام حق الشفعة اصلا ، ولعدم توافر اسباب طلبها ولسقوط الحق فى طلب الشفعة لعدم تقديمه فى الميعاد تعين القضاء فى هذه الحالة بسقوط الحق فى الدفع لا برفضه" (الطعن رقم 251 سنة 26ق جلسة 1962/3/29 س12 ص339) وبأنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان صحيفة افتتاح الدعوى هى اساس الخصومة وتقوم عليه كل اجراءاتها فاذا حكم ببطلانها فانه ينبنى على ذلك الغاء جميع الاجراءات اللاحقة لها وزوال جميع الاثار التى ترتبت عليها ولئن كان القانون قد اعتبر الدعوى مرفوعة الى المحكمة بايداع صحيفتها قلم الكتاب وفقا لما نصت عليه المادة 1/63 من قانون المرافعات ، الا انه قرن ذلك باستلام اعلان الصحيفة الى المدعى عليه فى موعد حددته المادة 70 من ذات القانون بثلاثة اشهر من تاريخ تقديمها الى قلم الكتاب ورتب على عدم الاعلان اعتبار الدعوى كان لم تكن ، ولما كانت محكمة الاستئناف قد حكمت ببطلان الحكم الابتدائى تاسيسا على ما تمسك به الطاعن من عدم اعلانه بصحيفة الدعوى ، وكان يترتب على عدم اعلانه الصحيفة عدم انعقاد الخصومة ، فان مؤدى القضاء ببطلان تلك الصحيفة والحكم المبنى عليها الا تبقى بعد ذلك خصومة مطروحة على المحكمة ، ومن ثم فما كان يسوغ لمحكمة الاستئناف ان تمضى بعد ذلك فى نظر الموضوع بل كان عليها ان تقف عند حد القضاء بالبطلان ،

فان هى جاوزت ذلك وقضت فى الموضوع فان قضاؤها يكون واردا على غير خصومة منعقدة وفقا للقانون الذى يعتبر التقاضى على درجتين - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - من المبادئ الاساسية التى يقوم عليها النظام القضائى بحيث لا يجوز مخالفته ، لما كان ذلك ، فان الحكم المطعون اذ تصدى للقضاء فى موضوع الدعوى فانه يكون قد خالف القانون " (الطعن رقم 419 سنة 46 ق جلسة 1979/1/27 س30 ع1 ص409) وبانه " يجب وفقا لنص المواد 230/67/63 من قانون المرافعات ان تشتمل صحيفة الاستئناف على البيانات الواردة بها ومنها بيان المحكمة المرفوع امامها الاستئناف ويثبت فيها قلم الكتاب تاريخ الجلسة المحددة لنظرة وكذا فى صورها المتضمنة لذات البيانات ثم يقوم قلم الكتاب بتسليم اصل الصحيفة وصورها الى قلم المحضرين لاعلانها ورد الاصل اليه ولما كان الثابت من مطالبة اصل صحيفة الاستئناف المقدمة لقلم الكتاب ومنها الصورة المعلنة للمطعون ضده انها قد اشتملت على كافة البيانات التى قررتها المواد السالفة بما فى ذلك بيان المحكمة المرفوعة امامها الاستئناف وتحديد الدائرة المنظور امامها وتاريخ الجلسة المحددة لنظرة اذ دون هذين البيانين الاخيرين على هامش الصفحة الاولى من اصل الصحيفة والصورة المعلنة للمطعون ضده وذلك فى يوم تقديم الصحيفة ، تضمنت ايضا طلبات الشركة الطاعنة ، وكان لا يلزم قانونا ان يرد بيان تاريخ الجلسة فى نهاية الصحيفة فان صحيفة الاستئناف وصورتها المعلنة تكون بذاتها قد استوفت عليها وفقا لنص المواد 63 - 67 - 230 من قانون المرافعات وتكون يبمنا عن البطلان " (الطعن رقم 601 سنة 42 ق جلسة 1979/6/16 س 30 ع 3 ص 644) وبأنه " اعلان صحيفة الدعوى الى المدعى عليه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تعتبر اجراء لازما لانعقاد الخصومة بين طرفيها يترتب على عدم تحققه بطلانها وهو بطلان لا يصححه حضور المطلوب اعلانه - اذ جرى قضاء هذه المحكمة على ان البطلان الذى يزول بحضور المعلن اليه انما هو بطلان اوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب فى الاعلان او فى بيان المحكمة او تاريخ الجلسة " (الطعن رقم 158 سنة 48ق جلسة 1981/6/22 س32 ص1891) وبانه" لما كانت المادة 230 من قانون المرافعات تنص على انه يرفع الاستئناف بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المرفوع اليه الاستئناف وفقا للاوضاع المقررة لرفع الدعوى ويجب ان تشتمل الصحيفة على بيان الحكم المستانف وتاريخه واسباب الاستئناف والطلبات والا كانت باطلة ،

وكانت المادة 67 من قانون المرافعات ووجه التطبيق على اجراءات الاستئناف عملا بالمادة 240 مرافعات – قد نظمت التزام قلم الكتاب وكانت الخصومة لا تنعقد الا بتمام الاجرائين – ايداع الصحيفة ثم اعلانها – الا انه اذا شاب احدى صور الصحيفة عيب فلا تبطل الا هذه الصورة وحدها ، واذ بطل الاعلان فلا يؤثر على صحة الصحيفة المودعة قلم الكتاب اذ لا يؤثر الاجراء الباطل على الاجراء الصحيح السابق عليه " (الطعن رقم 44 سنة 48ق جلسة 1981/5/7 س32 ص1404) وبانه " من المقرر ان اعلان صحيفة الدعوى الى المدعى عليه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يبقى كما كان فى ظل قانون المرافعات الملغى اجراء لازما لانعقاد الخصومة بين طرفيها ، وذلك ان الاعلان بصحيفة الدعوى ، يرمى اعمالا لمبدا المواجهة الى ايصال واقعة معينة الى علم المعلن اليه ، واذ يتطلبه القانون فانه يعتبر الوسيلة الوحيدة لهذا العلم ، بمعنى انه لا يجوز – عند عدم القيام به او تعييبه – الاستعاضة عنه او تكملته بالعمل الفعلى للواقعة ، كما لا يصححه ابداء المدعين المطعون ضدهم الخمسة الاول – بطلباتهم شفاهة فى الجلسة ، وتمسك المدعى عليه بالخصومة ، كما ان الخصومة رغم انها تقوم بايداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة طبقا لنص المادة 63 من قانون المرافعات على النحو السالف بيانه الا انها لا تكون صالحة لان يباشر فيها اى اجراء من جانب القضاء واعوانه قبل انعقادها ، وان تم شئ من ذلك ن كان العمل منعدما مما لا يجوز النزول عنه ويترتب على ذلك انه لما كانت الصحيفة باطلة لعدم اعلانها اصلا فان الخصومة لا تنعقد بها ومن ثم لا يترتب عليها اجراء او حكم صحيح سواء كان ذلك امام محكمة الدرجة الاولى او الثانية ، كما انه لا وجه للقول بان الطاعن قد حضر امام محكمة الدرجة الاولى وترافع فى الدعوى بما يفيد تنازله عن هذا البطلان " (الطعن رقم 1282 سنة 49ق جلسة 1981/5/18 س32 ص1520) وبأنه " صحيفة افتتاح الدعوى هى الاساس الذى تقوم عليه كل اجراءاتها فاذا حكم ببطلانها فانه ينبنى عهلى ذلك الغاء جميع الاجراءات اللاحقة لبها وزوال جميع الاثار التى تترتب على رفعها واعتبار الخصومة لم تنعقد وان كان ذلك لا يمنع صاحب المصلحة من تجديد الخصومة اذا شاء باجراءات مبتدأة متى انتفى المانع القانونى من ذلك " (الطعن رقم 1652 سنة 49ق جلسة 1981/6/22 س32 ص1104) وبانه " اذا كان الحكم المطعون قد قضى ببطلان اعلان صحيفة الدعوى والحكم المستانف المبنى عليها ،

وكان يترتب على هذا البطلان عدم انعقاد الخصومة فان مؤدى قضاء محكمة الاستئناف الا تبقى بعد ذلك خصومة مطروحة على المحكمة ومن ثم فلا يسوغ لها ان تمضى بعد ذلك فى نظر الموضوع بل يكون عليها ان تقف عند حد القضاء بالبطلان " (الطعن السابق) وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان الخطا فى رقم الدعوى الابتدائية صحيفة الاستئناف اذا كانت البيانات الاخرى التى وردت فيها لا تترك مجالا للشك فى تحديد الحكم الوارد عليه الاستئناف " (الطعن رقم 920 سنة 50ق جلسة 1983/12/12 س34 ص1878) وبأنه " مؤدى ما نصت عليه المادة 1/63 من قانون المرافعات – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – انه وان كان يلزم لاجراء المطالبة القضائية ايداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة ، وهو ما يترتب عليه ، كاثر اجرائى بدء الخصومة ، الا ان اعلان صحيفة الدعوى الى المدعى عليه يبقى كما كان فى ظل قانون المرافعات الملغى اجراء لازما لانعقاد الخصومة بين طرفيها يترتب على عدم تحققه بطلانها ، ذلك ان الخصومة انما وجدت لتسير حتى تحقق الغاية منها بالفصل فى الدعوى ، وهو بطلان لا يصححه حضور المطلوب اعلانه ، اذ البطلان الذى يزول بحضور المعلن اليه ، انما هو بطلان اوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب فى الاعلان او فى بيان المحكمة او تاريخ الجلسة " (الطعن رقم 47 سنة 55ق جلسة 1985/12/4 س36 ص1076)

كما قضت بأنه " مؤدى البطلان الناشئ عن عدم انعقاد الخصومة امام محكمة اول درجة لعدم اعلان صحيفة افتتاحها ، ان تقف محكمة الاستئناف – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، عند حد القضاء بالبطلان دون المضى فى نظر موضوعها "(الطعن رقم 47 سنة 55ق جلسة 1985/12/4 س36 ص1076) وبأنه " عنوان الصحيفة ليس من البيانات التى يجب ان تشتمل عليها صحيفة الدعوى طبقا للمادة 63 من قانون المرافعات

ومن ثم فان الخطا المادى فيه لا اثر له فى الدلالة على الطلبات فى الدعوى ولا يترتب عليه بطلان الصحيفة " (الطعن رقم 152 سنة 59ق " احوال شخصية " جلسة 1992/6/23) وبأنه " البطلان المترتب على عدم اعلان اى من المستانف بصحيفة الاستئناف او بتعجيل السير فيه بعد انقطاع الخصومة هو بطلان نسبى مقرر لمصلحة من لم يعلن وليس لغيره او يتمسك به " (الطعن رقم 769 سنة 48ق جلسة 1981/11/8 س32 ص 1994)

البطلان المتعلق بالرسوم :

تحصيل الرسوم المستحقة على الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو من شان قلم الكتاب ولا يترتب البطلان على عدم رفعها لما هو مقرر ان المخالفة المالية فى القيام بعمل لا ينبنى عليه تقضى المادة 2/13 من القانون رقم 90 لسنة 1944 المعدل بالقانون رقم 66 لسنة 1964 بشان الرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية بان تستبعد المحكمة القضية من جدول الجلسة اذا تبين لها عدم اداء الرسم ودون ان يرد بالنص البطلان جزاء على عدم ادائه .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " عدم دفع الرسم النسبى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يترتب عليه البطلان – لما هو مقرر من ان المخالفة المالية فى القيام بعمل اجرائى ، لا ينبنى عليها بطلان هذا العمل ، ما لم ينص القانون على البطلان عن هذه المخالفة ، واذ تقضى المادة 2/13 من القانون رقم 90 لسنة 1944 المعدل بالقانون رقم 66 لسنة 1964 بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية ، بان تستبعد المحكمة القضية من جدول الجلسة ، اذ تبين لها عدم اداء الرسم ودون ان يرد بالنص البطلان جزاء على عدم اداء الرسم ، فانه اذ انتهى الحكم الى ان تحصيل الرسوم المستحقة هو من شان قلم الكتاب ، فانه لا يكون معيبا بالبطلان " (الطعن رقم 318 سنة 37ق جلسة 1972/4/11 س23 ع2 ص686) وبأنه " المخالفة المالية فى قيام بعمل اجرائى لا يترتب عليها بطلان هذا العمل ما لم ينص القانون على ذلك ، واذ كان القانون لم ينص على بطلان الاستئناف لعدم سداد رسومه فان النعى بهذا السبب يكون على غير اساس " (الطعن رقم 486 سنة 37ق جلسة 1973/12/29 س24 ع3 ص 1388) وبأنه " البين من نصوص الدساتير المصرية وقوانين السلطة القضائية المتعاقبة والمادتين 178 من قانون المرافعات 310 من قانون الاجراءات – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ان المشرع لا يعتبر من بيانات الحكم صدوره باسم الامة او الشعب ، وان قضاء الدستور بصدور الحكم بهذه المثابة ليس الا افصاحا عن اصل دستورى اصيل وامر مسبق مفترض بقوة الدستور نفسه من ان الاحكام تصدر باسم السلطة العليا صاحبة السمو وحدها ومصدر السلطات جميعا – الامة او الشعب وذلك الامر يصاحب الحكم ويسبغ عليه شرعيته منذ بدء اصداره دون ما مقتضى لاى التزام بالاعلان عنه من القاضى عند النطق به او افصاح عنه فى ورقة الحكم عند تحريره ،

مما مقتضاه او ايراد ذلك بورقة الحكم اثناء تحريره ومن بهد صدوره بالنطق به ليس الا عملا ماديا لاحقا كاشفا عن ذلك الامر المفترض ، وليس منشئا له ، ومن ثم فان خلو امر تقدير الرسوم مما يفيد صدوره باسم الامة او الشعب لا ينال من شرعيته او يمس ذاتيته " (الطعن رقم 2 سنة 43 ق جلسة 1979/2/27 س30 ع1 ص636) وبانه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان المخالفة المالية فى القيام بعمل لا ينبنى عليها بطلان هذا العمل ما لم ينص القانون على ها البطلان جزاء على هذه المخالفة والمادة 13 من القانون رقم 90 سنة 1944 - المعدل بالقانون رقم 66 لسنة 1964 - قد قضت بان تستبعد المحكمة القضية من جدول الجلسة اذا تبين لها عدم اداء الرسم الا انها خلت من النص على البطلان جزاء على عدم ادائه " (الطعن رقم 1721 سنة 50 ق جلسة 1984/12/6 س 35 ص 1978 ، الطعن رقم 1086 سنة 49 ق جلسة 1984/12/17 س 35 ص 2149)

البطلان المتعلق بالشركات :

تنص المادة 507 مدنى على انه يجب ان يكون عقد الشركة مكتوبا والا كان باطلا وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون ان تستوفى الشكل الذى افرغ فيه ذلك العقد .

غير ان هذا البطلان لا يجوز ان يحتج به الشركاء قبل الغير ولا يكون له اثر فيما بين الشركاء انفسهم ، الا من وقت ان يطلب الشريك الحكم بالبطلان .

وجاء بالمذكرة الايضاحية يحدد هذا النص شكل عقد الشركة واثباته اما عن شكل عقد الشركة ، مادامت لها شخصية مستقلة عن الشركاء ، فيجب أن يكون وجودها ثابتا قاطعا وذلك يلزم ، كما يتطلب النص ، ان يدون عقد الشركة فى ورقة رسمية ، أو فى ورقة عرفية ، والقانون التجارى هو الذى يبين على وجه الخصوص انواع الشركات التى يمكن أن تقوم بناء على مجرد كتابة عرفية ، وتلك التى يلزم فيها العقد الرسمى ، والشكل كما هو متطلب بالنسبة للعقد المنشئ للشركة ، كذلك يلزم توافره فى كل التعديلات الطارئة عليها .

اما الاثبات ، فهو مرتبط بالشكل ، على أن القواعد العامة تقضى بداهة ، بانه لا يجوز للشركاء إثبات الشركة فى مواجهة الغير الا بورقة عرفية او رسمية فى حين ان الغير يمكنه اثبات قيام الشركة بكافة طرق الاثبات .

والبطلان هو الجزاء الذى يترتب على عدم توافر الشكل فى عقد الشركة ، وفيما يدخل عليه من تعديلات ، على ان هذا البطلان نسبى اذ لو تقرر خلال ذلك ، لكان فيه مساس بحقوق الغير ، ولكن متى يتقرر هذا البطلان ؟ يجب أنه نفرق ..

1- فى علاقة الشركاء بالغير : اذا كان هناك خطأ فى جانب الشركاء ، وهو عدم اتباع الشكل القانونى ، فلا يجوز لهم التمسك بالبطلان فى مواجهة الغير ، اما الغير ذاته ، فإن حقوقه لا تتأثر باهمال الشركاء ، وله اذا شاء ان يحتج بقيام الشركة وما أدخل عليها من تعديلات ، ويستطع الاثبات بكافة الطرق ، كما ان له التمسك بالبطلان إذا رأى ذلك فى مصلحته ، فللدائن الشخصى لأحد الشركاء اذا كان مدينا فى الوقت ذاته للشركة ، أن يتمسك ببطلانها إذا أراد .

2- بالنسبة لعلاقة الشركاء فيما بينهم : لا يقوم البطلان الا من الوقت الذى يطلبه فيه احد الشركاء ، وهذا الحل طبيعى ، فان الشركاء يتعاملون حتى ذلك الوقت على اعتبار ان الشركة صحيحة قائمة .

مفاد ذلك أن الشركة لا تنعقد الا بورقة مكتوبة رسمية او عرفية على انه اذا كان عقد الشركة رسميا تعين ان يتم كل تعديل له بورقة رسمية ، اما ان كان العقد عرفيا فيكتفى ان يتم اى تعديل لاحق عليه بورقة عرفية اسوة بالعقد الاصلى ويترتب على مخالفة ذلك بطلان الشركة او التعديلات التالية على انه بالنسبة للشركاء يبقى عقد الشركة غير المكتوب قائما منتجا لجميع اثاره ومنها الزام الشركاء بتقديم حصصهم واقتسام الربح والخسارة وذلك الى الوقت الذى يرفع فيه احد الشراء دعوى ببطلان الشركة فمن وقت تقديم صحيفة البطلان لقلم الكتاب يصبح عقد الشركة باطلا ، ويستند الحكم بالبطلان الى وقت رفه الدعوى ويخضع الشريك فى اثبات عقد الشركة فى مواجهة شركائه للقواعد العامة فى الاثبات ، اما فيما يتعلق بالغير ، فللغير ان يحتج على الشركاء ببطلان الشركة لعدم استيفائها الشكل المطلوب كما له ان يحتج بعدم توفر الشخصية المعنوية للشركة لعدم اتخاذها اجراءات النشر (م 506) فاذا طالبت الشركة احد عملائها جاز له ان يدفع المطالبة ببطلان الشركة والتعاقد الذى تم معها ولا يكون للشركاء الا الرجوع عليه بموجب قواعد العقد الباطل ، ولكن يجوز للغير ان يغفل بطلان الشركة وان يتمسك بوجودها ، وليس للشركة فى هذه الحالة ان تحتج عليه ببطلانها .

واذا كانت الشركة باطلة او استمرت فى مباشرة نشاطها بعد انقائها او كانت تباشر نشاطا عقد فانها تكون شركة واقع وان لم يكن لها وجود قانونى ويجوز للغير وفقا لمصلحته اما ان يتمسك ببطلان الشركة واما ان يتمسك بقيامها .

مناط انتفاء الاثر الرجعى لبطلان الشركة :

إذا كان مؤدى نص المادة 54 من قانون التجارة – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – ان المشرع اعتبر الشركة الباطلة لعدم شهر وتشهر عقدها قائمة فعلا فيما بين الشركاء من تكوينها الى طلب البطلان قد اشترط ان تكون هذه الشركة قد باشرت بعض اعمالها فعلا بان اكتسبت حقوقا والتزمت بتعهدات وذلك حتى يمكن القول بوجود كيان لها من الواقع ليصل الشركاء من ذلك الى تصفية العمليات المشتركة ، فلا ينفرد بنتائجها من لبح او خسارة احدهم دون الباقيين ، وهو ما ايد تفاديه بالالتجاء الى فكرة الشركة الفعلية ، اما اذا كانت الشركة لم تبدأ فى تنفيذها قبل ان يحكم ببطلانها لعدم اتخاذ اجراءات شهر ونشر عقدها ولم تكن قد رولت أى عمل من اعمالها ، فإنه لا يكون قد توافرت لها كيان من الواقع فى الفترة السابقة لطلب البطلان ولا يمكن بداهة اعتبارها شركة فعلية ، وتكون العلة من عدم تطبيق الاثر الرجعى للبطلان منتفية فى هذه الحالة . (نقض 1988/6/20 طعن 1198 س 52 ق)

وقد قضت محكمة النقض فى بأنه " لئن كان لكل شريك فى شركة التضامن الحق فى ان طلب بطلان الشركة فى مواجهة الشركاء لعدم اتخاذ اجراءات الشهر والنشر لا يبقى فى شركة مهددة بالانقضاء فى اى وقت قبل الاجل المحدد لها بعقد تكوينها الا انه ليس لهذا البطلان اثر رجعى بل تظل الشركة موجودة وجودا صحيحا طول الفترة السابقة على القضاء به رغم عدم اتخاذ اجراءات الشهر والنشر وذلك باعتبارها شركة فعلية لها شخصيتها الاعتبارية التى تستمد وجودها من العقد .(الطعن رقم 354 سنة 30 ق جلسة 1965/11/9 س 16 ص 986) وبأنه " لما كان القانون المدنى قد اوجب فى المادة 507 منه ان يكون عقد الشركة عقد مكتوبا والا كان باطلا واصبح بذلك عقد الشركة عقدا شكليا فانه لا يقبل فى اثباته بين طرفيه غير الكتابة ولا يجوز لهما الاتفاق على اثباته بغير هذا الطريق " (الطعن رقم 219 سنة 31 ق جلسة 1966/1/27س 17 ع 1 ص 182)

وبأنه " مفاد نص المادة 1/238 من القانون المدنى ان المشرع اقام قرينة قانونية على علم المنصرف اليه بغش المدين اذا كان يعلم ان التصرف يسبب اعسار المدين او يزيد فى اعساره واستخلاص توفر هذا العلم من ظروف الدعوى هو من الامور الموضوعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع " (الطعن رقم 137 سنة 41 ق سنة 1975/12/8 س 26 ص 1580) وبأنه " عضو مجلس ادارة الشركة المساهمة وجوب ان يكون مالكا لما قيمته الف جنيه من اسهم الشركة بطلان اوراق الضد المحررة بالمخالفة لذلك ، القانون 26 لسنة 1954 هذا البطلان نسبى مقرر لمصلحة الشركة دون غيرها " (الطعن رقم 571 سنة 44 ق جلسة 1978/1/16 س 29 ص 208) وبأنه " انتفاء بطلان الشركة لاغفال شهر البيان الخاص بمقدار حصة كل شريك فى راس المال والتعديلات التى ترد عليه " (نقض 1993/2/1 طعن 1595 س54ق) وبأنه " مؤدى نص المادة 507 من التقنين المدنى ان للغير ان يحتج على الشركاء ببطلان الشركة لعدم استيفائها الشكل المطلوب ولكن يجوز للغير ان يغفل بطلان الشركة وان يتمسك بوجودها وفى هذه الحالة تعتبر الشركة صحيحة منتجة لاثارها " (نقض 1981/11/16 طعن 182 س41ق) وبأنه " جرى قضاء محكمة النقض قبل العمل بالتقنين المدنى القائم ، على ان المادة 46 من قانون التجارة ، قد بينت الدليل الذى يقبل فى اثبات وجود شركة التضامن ، فاوجب اثباتها بالكتابة ، واذا كان حكم القانون فى ظل التقنين المدنى القديم الذى لم يكن يشترط الكتابة لانعقاد عقد الشركة هو عدم جواز اثبات شركة التضامن من احد طرفيها بغير الكتابة فانه لا يصح القول بان التقنين المدنى القائم حين تشدد فجعل الكتابة شرطا لانعقاد هذه الشركة ، قد عدل عن اشتراط الكتابة لاثباتها ، اذ انه متى كانت الكتابة لازمة لوجود العقد ، فهى بالضرورة لازمة لاثباته اذا انه متى كانت الكتابة لازمة لوجود العقد ، فهى بالضرورة لازمة لاثباته لان الاثبات مرتبط بالشكل ، ومن ثم تكون القاعدة فى اثبات شركة التضامن سواء فى التقنين المدنى المغلى او فى التقنين القائم ، هى انه فى حالة انكار قيام هذه الشركة ، فإنه لا يجوز اثباتها فيما بين طرفيها بغير الكتابة ، اما فى العلاقة بين الشركاء والغير ، فإنه وإن كان لا يجوز لهؤلاء الشركاء اثبات الشركة فى مواجهة الغير الا بالكتابة ، فإن للغير أن يثبت قيامها بكافة طرق الاثبات" (نقض 1966/1/27 طعن 219 س31 ق)

وبأنه " الشرط الوارد فى عقد الشركة المكتوب بعدم انفراد مديرها بالعمل ، لا يجوز تعديله الا بالكتابة ولا يعول على ادعاء هذا المدير بانه قد انفرد بالعمل باذن شفوى من احد شركائه المتضامنين " (نقض 1956/4/5 طعن 295 س22ق)

البطلان المتعلق بالضرائب :

فالاجراءات المنظمة لربط الضريبة من القواعد الامرة المتعلقة بالنظام العام وقد رتب المشرع على مخالفتها البطلان .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إن الإجراءات المنظمة لربط الضريبة من القواعد الامرة المتعلقة بالنظام العام وان المشرع رتب على مخالفتها البطلان ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه على كفاية الاحالة فى النموذج 19 ضرائب فيما يتعلق ببيان عناصر ربط الضريبة وقيمتها الى النموذج 18 ضرائب ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " (الطعن رقم 1071 سنة 60 ق جلسة 1991/10/28 س42 ص1563)وبأنه " النص فى الفقرتين الاولى والثانية من المادة 59 من القانون رقم 14 لسنة 1939 بعد تعديلها بالقانون رقم 137 لسنة 1948 ، يدل على ان مسئولية المتنازل اليه عن دين الضريبة بالتضامن مع المتنازل انما تتولد عن التنازل فاذا ما ابطل هذا التنازل زال التزام المتنازل اليه باداء الضريبة " (الطعن رقم 45 سنة 37 ق جلسة 1974/2/27 س25 ص450) وبأنه " تقضى المادة 1/142 من القانون المدنى بان العقد القابل للابطال اذ تقرر بطلانه اعتبر كان لم يكن وزال كل اثر له فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ، واذ كان الحكم بابطال العقد الصادر من المدين يكون حجة على دائنه لان المدين يعتبر ممثلا لدائنه فى الخصومات التى يكون هذا المدين طرفا فيها ، لما كان ذلك وكان الثابت انه حكم بابطال بيع المنشاة الى الطاعن – المتنازل اليه – للتدليس ، فان هذا الحكم يستتبع الغاء الاثار المترتبة على هذا العقد من وقت انعقاده ، سواء فيما بين المتعاقدين او بالنسبة لمصلحة الضرائب الدائنة بالضريبة ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وجرى فى قضاءه على ان حكم ابطال البيع لا يحتج به على مصلحة الضرائب لانه لم يصدر فى مواجهتها ورتب على ذلك مسئولية الطاعن من الضرائب المستحقة على المنشاة بالتضامن مع المتنازل ، فانه يكون قد خالف القانون " (الطعن السابق)

وبأنه " عدم جواز رفع دعوى مبتداة ببطلان قرارات لجان الطعن الضريبى ، وجوب الالتجاء الى الطريق الذى رسمه القانون للطعن فى هذه القرارات فى الميعاد المحدد " (الطعن رقم 379 سنة 37 ق جلسة 1974/6/23 س25 ص1100) وبأنه " التشريعات الخاصة بتنظيم اجراءات معينة لربط الضريبة تعلقها بالنظام العام ، مخالفتها ، اثره ، بطلان الاجراءات ، اعلان نموذج 8 تركات الى الحارس القضائى على التركة ، عديم الاثر ، تنازله عن التمسك بهذا الانعدام ، غير جائز " (الطعن رقم 497 سنة 49 ق جلسة 1984/12/17 س35 ص2123) وبأنه " عبء سداد الضريبة على التصرف فى العقارات المبنية والاراضى الفضاء ، المادة 32 من القانون رقم 46 لسنة 1978 ، وقوعه على عاتق المتصرف اليه نيابة عن المتصرف ، ماهيتها ، نيابة قانونية بنص امر ، الاتفاق على مخالفة ذلك ، جزاؤه البطلان " (الطعن رقم 2216 سنة 52ق جلسة 1986/12/28) وبأنه " عدم اختصاص المصلحة المستانفة لبعض الورثة المحكوم لهم فى موضوع غير قابل للتجزئة لتعلقه بعناصر التركة ومقوماتها قبل ايلولتها الى الورثة ، بطلان الاستئناف " (الطعن رقم 1083 سنة 51 ق جلسة 1987/4/6) وبأنه " وجوب النطق بالحكم علانية ولو نظرت الدعوى فى جلسة سرية ، مخالفة ذلك اثره بطلان الحكم . المادة 174 مرافعات ." (الطعن رقم 26 سنة 51 ق جلسة 1986/4/24) وبأنه " عدم تمثيل النيابة العامة فى الدعاوى الناشئة عن تطبيق احكام القانون رقم 14 لسنة 1939 ، اثره بطلان الحكم ، جواز التمسك بذلك لاول مرة امام محكمة النقض لتعلقه بالنظام العام " (الطعن رقم 573 سنة 47 ق جلسة 1986/3/17) وبأنه " النص فى المادة 94 من القانون رقم 14 لسنة 1939 على انه " الدعاوى التى ترفع من الممول او عليه تنظر فى جلسة سرية ويكون الحكم فيها دائما بوجة السرعة " يدل على ان المشرع اوجب نظر الدعاوى الناشئة عن تطبيق احكام هذا القانون فى جلسات سرية ، ولما كان هذا الاجراء يتعلق بنظم التقاضى الاساسية ويتصل بالنظام العام فانه يترتب على مخالفته بطلان الاحكام الصادرة فى هذه الدعاوى " (الطعن رقم 668 سنة 41 ق جلسة 1977/2/5 س 28 ص380)

وبأنه " يترتب على القضاء ببطلان اعلان الطاعن - احد الورثة بالنموذج رقم 8 تركات الخاص بتقدير عناصر التركة انفتاح الميعاد وقبول طعنه شكلا امام لجنة الطعن مما يفيد منه باقى الطاعنين باعتبار ان موضوع الطعن وهو نزاع فى عناصر التركة غير قابل للتجزئة " (الطعن رقم 327 سنة 43 ق جلسة 1977/4/2 س28 ص882) وبأنه " جرى قضاء المحكمة على انه اذا كان النزاع منصبا على عناصر التركة ومقوماتها قبل ايلولتها الى الورثة وهى امور لا تحتمل المغايرة ولا يتاتى ان تختلف باختلاف الورثة فانه يكون نزاعا غير قابل للتجزئة " (الطعن رقم 461 سنة 41 ق جلسة 1977/6/25 س 28 ص 1496) وبأنه " وجوب بيان عناصر التركة واسس التقدير فى النموذج 8 تركات الخاص بربط الضريبة ، اغفال ذلك ،اثره ، بطلان الاجراء لمحكمة الموضوع استخلاص كفاية البيانات المذكورة " (الطعن رقم 382 سنة 44 ق جلسة 1977/12/13 س 28 ص1774)

كما قضت بأنه " التشريعات الخاصة بتنظيم ربط الضريبة ، تعليقها بالنظام العام ، على المحكمة ان تقضى بها من تلقاء نفسها ، مخالفتها ، اثره بطلان الاجراءات " (الطعن رقم 214 سنة 44 ق جلسة 1978/3/23 س29 ص847) وبأنه " وحيث انه وان كانت المادة 163 من القانون رقم 157 لسنة 1981 تجيز للمحكمة نظر الدعاوى الضريبية التى ترفع من الممول او عليه فى جلسة سرية الا انه يتعين طبقا للمادة 174 من قانون المرافعات المدنية والتجارية النطق بالحكم الصادر فيها علانية والا كان باطلا ، باعتبار ان قانون المرافعات هو الشريعة العامو لاجراءات التقاضى الذى يتعين الرجوع اليه كلما شاب القوانين الاخرى ، فيما عرضت له من هذه الاجراءات - نقص او غموض - لما كان ذلك وكان الثابت من ديباجة الحكم المطعون فيه صدوره فى جلسة غير علانية فانه يكون باطلا وللمحكمة ام تقضى بهذا البطلان من تلقاء نفسها لاتصاله بالنظام العام ، بما يوجب نقض الحكم المطعون " (الطعن رقم 1800 سنة 55 ق جلسة 1992/2/17)

البطلان المتعلق بالقسمة :

البطلان المترتب على عدم تمثيل الشركاء فى دعوى القسمة او عدم مراعاة الاجراءات الواجب اتباعها بالنسبة للشركاء القصر هو بطلان نسبى لا يحل لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به .

(الطعن رقم 194 سنة 30 ق جلسة 1966/2/24 س17 ع1 ص412)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " اذا كانت القسمة قد عابها انها لم يشترك فيها الا بعض الشركاء فلا يحق لمن عقدها منهمان يتمسك ببطلانها المترتب على ذلك ، بل الذى يحق له التمسك بهذا البطلان هو من لم يكن طرفا فيها " (الطعن رقم 105 سنة 16 ق جلسة 1947/6/5) وبأنه " جرى قضاء محكمة النقض بان البطلان المترتب على عدم تمثيل بعض الشركاء فى اجراءات دعوى الفرز والتجنيب هو بطلان نسبى لا يحق التمسك به الا للشريك الذى لم يكن طرفا فيها " (الطعن رقم 220 سنة 40 ق جلسة 1955/11/24) وبأنه " اجراء القسمة بالتراضى ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الاهلية ، على ان يحصل الوصى او القيم على اذن من الجهة القضائية المختصة باجراء القسمة على هذا الوجه وعلى ان تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا فى حق ناقص الاهلية ، واذ كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الاجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن فى حكمه حتى لا يتعاقد الوصى او القيم على تصرف ليس له فى الاصل ان يستقل به فان هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به الا ناقص الاهلية الذى يكون له عند بلوغه سن الرشد ان كان قاصرا ان عند رفع الحجر عنه ان كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان واجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الاجراءات " (الطعن رقم 190 سنة 29 ق جلسة 1964/1/23 س15 ص131)

البطلان المتعلق بالمقايضة :

المقايضة عقد من العقود الملزمة للجانبين ، وباعتبارها عقدا فإن البطلان يرد عليها اذا ما تحقق سبب من الاسباب التى تؤدى الى ذلك ، كما لو شابها عيب من عيوب الرضاء كغلط او تدليس او اكراه وباعتبارها ملزمة للجانبين فان الفسخ يرد عليها ، كما لو امتنع احد المتقايضين عن تنفيذ التزام من الالتزامات ،المترتبة على المقايضة ، فقد يمتنع عن دفع المعدل المتفق عليه فى موعده وحينئذ يحق للمتقايض الاخر طلب فسخ المقايضة .

ويترتب على انحلال المقايضة ، بالابطال او الفسخ ، ان يعود كل متقايض الى الحالة التى كان عليها قبل المقايضة ، فيسترد كل متقايض عقاره من المتقايض الاخر بشرط الا يترتب على ذلك اضرار بالغير حسن النية وهو من اكتسب حقا عينيا على ان من العقارين دون ان يكون عالما بالسبب الذى قد يؤدى الى انحلال المقايضة والذى تضمنه العقد ، وقد يتحقق هذا العلم حكما عن طريق شهلا العقد ، لذلك يجب على طالب الابطال او الفسخ ان يشهر صحيفة دعواه عن طريق التاشير الهامشى على هام تسجيل عقد المقايضة اذا كان هذا العقد قد شهر ، فان لم يكن قد شهر تعين شهر صحيفة الدعوى بطريق التسجيل حتى اذا ما صدر الحكم قام بالتاشير به فى ذيل التاشير بصحيفة الدعوى فى الحالة الاولى او بالتاشير به فى هامش تسجيل صحيفة الدعوى فى الحالة الثانية ، فيرتد اثر هذا التاشير الى تاريخ التاشير بالصحيفة او الى تاريخ تسجيلها على حسب الاحوال وحينئذ لا يحتاج المدعى بالحقوق العينية التى يرتبها المتقايض الاخر على العقار اعتبارا من تاريخ التاشير بالصحيفة او من تاريخ تسجيلها فيسترد عقاره خلوا من هذه الحقوق .

فإن كان عقد المقايضة قد اشهر ولكنه لم يتضمن سببا قد يؤدى الى انحلاله ، كخلوه من التزام احد المتقايضين بدفع معدل ، وقبل شهر دعوى انحلاله ، تلقى الغير حقا عينيا على العقار ، توافر لديه حسن النية وهو ما يحول دون نزع الحق منه حتى لو تحقق لديه العلم بالسبب الذى قد يؤدى الى انحلال المقايضة بعد تلقيه الحق وذلك لاستقرار المعاملات . (راجع فيما سبق أنور طلبه ، الجزء السابع)

احكــام النقــض :

المقايضة هى – حسب ما عرفها القانون فى المادة 356 مدنى – عقد التزام كل من المتعاقدين بان يعطى للاخر شيئا مقابل ما اخذه منه وينبنى على ذلك ان كل متقايض يعتبر بائعا ومشتريا فى وقت واحد ولهذا نصت المادة 360 من القانون المدنى على ان القواعد المختصة بعقد البيع تجرى كذلك فى المقايضة فانه يجب الرجوع فى ذلك الى احكام ضمان الاستحقاق المقررة فى موضوع البيع وقد نص القانون المادة 359 مدنى على ان المقايض الذى يستحق عنده البدل يكون مخيرا بين ان يرفع على من تعاقد معه دعوى بالتضمينات او دعوى الفسخ مع استرداد القيض الذى اعطاه ، ولم يخالف الشارع فى هذا الصدد احكام الضمان التى سنها فى البيع الا بما اورده فى الشق الاخير من المادة 359 المذكورة متعلقا بغير المتعاقدين فقط ، وذلك بنصه على جواز المطالبة برد ذات العين المسلمة من المقايض ولو كانت تحت يد الغير اذا كانت عقارا ولم يكن قد مضى خمس سنوات من تاريخ المقايضة ، اما فيما بين المتعاقدين فان حق الفسخ واسترداد القيض ، كما فى البيع لا يسقط الا بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق . (نقض 1937/1/7 طعن 39 س6ق)

تنص المادة 485 من التقنين المدنى – على انه " تسرى على المقايضة احكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضبن بائعا للشئ الذى قايض به ، ومشتريا للشئ الذى قايض عليه ، ومن المقرر ان التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع او منازعته فيه وفقا للمادة 439 من التقنين المذكور التزام ابدى يتولد من عقد البيه ولو لم يشهر فيمتنع على البائع التعرض للمشترى لان من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض ، وعليه فلا يجوز للمتبادل على عقار منازعة المتبادل معه او ورثته استنادا الى ان عقد البدل لم يسجل لان عليه التزاما شخصيا بتمكينه من الانتفاع بهذا العقار وحيازته حيازة هادئة فينشا عهن عقد البدل بمجرد انعقاده . (نقض 1984/12/17 طعن 614 س49ق)

أن استحالة رد الاطيان المتبادل عليها بسبب نزع ملكيتها جبرا وقهرا من يد المتبادل الذى يتمسك ببطلان المبادلة ليس فى حد ذاتها مانعة من قبول دعوى البطلان ، اما اذا كانت الاستحالة ناشئة عن تصرف من طالب البطلان ينهض دليلا عن اجازته العقد المشوب بالتدليس فعندئذ لا تقبل منه دعواه .(الطعن رقم 87 سنة 2ق جلسة 1933/5/18)

إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر عقد المقايضة الذى عقدته الوصية بدون اذن المحكمة الحسبية هو عقد باطل بطلانا نسبيا يصح باجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد وجعل الاجازة تستند الى التاريخ الذى تم فيه العقد فانه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح . (الطعن رقم 107 سنة 30 ق جلسة 1965/1/21 س16 ص73)

إذا كان الثابت من الواقع المطروح ان المطعون عليها الاولى اقامت الدعوى بطلب بطلان المخالصتين وعقد البدل فيما تضمنه من تخالص المطعون عليها الاولى فلما اقام الطاعن الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد البدل - المذكور - امرت المحكمة بضمها الى الدعوى - الاولى - ليصدر فيهما حكم واحد ، واذ كانت دعوى صحة العقد هى الوجه الاخر لدعوى بطلانه والقضاء باحد الطلبين يترتب عليه حتما رفض الطلب الاخر كله او بعضه فان الاندماج يتم بين الدعويين وينتفى القول باستقلال كل منهما عن الاخر ، واذ قضى الحكم المطعون فيه فى الاسباب برفض طلب الطاعن الحكم بصحة ونفاذ عقد البدل وقضى فى المنطوق ببطلان المخالصتين وعقد البدل ثم قضى بالزام الطاعن بتقديم حساب وندب خبير لفحصه توطئه للحكم فى الدعوى وعلى اساس ما تسفر عن نتيجته فانه لا يكون قد انهى الخصومة كلها واذ كان الحكم المطعون فيه ليس من الاحكام التى استثناها المشرع على سبيل الحصر واجاز الطعن فيها على استقلال فان الطعن فيه يكون غير جائز . (نقض 1979/3/29 طعن 40 س40ق)

الفقرة الاولى من المادة 466 من القانون المدنى تنص على انه اذا باع شخص شيئامعينا بالذات لا يملكه جاز للمشترى ان يطلب ابطال البيع وان المادة 485 من القانون المدنى تنص على انه يسرى على المقايضة احكام البيع بالقدر الذى تسمح بع طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشئ الذى قايض به ومشتريا للشئ الذى قايض عليه ، كما حددت الفقرة الاولى من المادة 140 من القانون المدنى مدة سقوط الحق فى الابطال فى حالات حددتها على سبيل الحصر وهى حالات نقص الاهلية والغلط والتدليس والاكراه بثلاث سنوات ، اما فى غير هذه الحالات ، فان مدة تقادم الحق فى ابطال العقد - وعلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض - لا يتم الا بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ ابرام العقد (نقض 1985/6/30 طعن 841 س 51 ق)

لا يمكن تاسيس رفع دعوى التقايض من جانب من اشترى العوض على انه اشترى من غير مالك ، وانه مع ذلك وضع يده بهذا السبب الصحيح المدة القصيرة المكسبة للملكية ، فإن المقام فى هذه الحالة ليس مقام تحد من المشترى بعقده المسجل لاثبات ملكيته لما اشتراه ، وانما هو مقام رفع دعوى الانفساخ والتراد التى ادخل فيها بسبب وجود العوض تحت يده وهذه الدعوى قد نص القانون على سقوطها بالنسبة له بمضى خمس سنوات من تاريخ المقايضة . (نقض 1937/1/17 طعن 39 س6ق)

إن الفقرة الاخيرة من المادة 359 المذكورة انما وضعت لتقرير حكم خاص بالمقايضة وهو تحديد المدة التى يجوز فيها للمتعارض الذى استحق عنده العوض مقاضاة من يكون العوض الاخر تحت يده بسبب قانونى فلا علاقة لها باحكام انتقال الملكية بالعقود ، تلك الاحكام التى جاء بتعديلها قانون التسجيل الجديد ولذلك فان حكمها باق لم يمسه قانون التسجيل المذكور . (نقض 1937/1/17 طعن 39 س 6 ق).

البطلان المتعلق بالتسجيل :

فقد قضت محكمة النقض بأنه " تنص المادة 30 من القانون 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى على انه اذا كان شهر المحرر بطريق القيد وجب ان يقرر عند تقديمه لمكتب الشهر المختص بقائمة تشتمل على بيانات وفقا لما تقضى به المادة 10/1091 من القانون المدنى ، مما مفاده ان اجراء القيد يتم كقاعدة عامة فى اى وقت بعد صدور الامر بالاختصاص مادامت ملكية العقار المتخذ عليه حق الاختصاص للمدين ، دون انتظار الاعلان بامر الاختصاص وفقا للمادة 1091 من القانون المدنى ، اذ ان مصلحة صاحب حق الاختصاص تقتضى اجراء القيد فى اقرب وقت حتى لا يتقدم عليه فى المرتبة من يتوصل الى قيد حقه قبله "(الطعن رقم 935 سنة 44 ق جلسة 1980/6/10 س 31 ص 1707) وبأنه " المقصود من اعلان المدين بامر الاختصاص فى نفس اليوم الذى صدر فيه هو على ما جاء بمجموعة الاعمال التحضيرية – اخطار المدين بما تم حتى يتظلم منه وفقا لنص المادة 1092 من القانون المدنى ان كان هناك وجه للتظلم

اذ ان المدين لم يكن جاهزا وقت صدور الامر بالاختصاص " (الطعن السابق) وبأنه " ولئن كانت المادة 15 من القانون 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 1976 اوجبت اعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة قبل شهر الا انه لم يترتب جزاءا البطلان لمخالفة ذلك " (الطعن رقم 664 سنة 55 ق جلسة 1989/4/26) وبأنه " متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى ان التصرف لم يكن منجزا وانه يخفى وصية فلا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع اى اثر فى تصحيح التصرف او نقل الملكية لان التسجيل لا يصحح عقدا باطلا كما انه لا يحول دون الطعن فى العقد بانه يخفى وصية " (الطعن رقم 39 سنة 29ق جلسة 1964/1/9 س15 ص43) وبأنه " اذا اثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة فانه يكون باطلا ولا يترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلا اذ ليس من شان التسجيل ان يصحح عقدا باطلا " (الطعن رقم 440 سنة 30 ق جلسة 1965/5/27 س16 ص655) وبأنه " اذا كان الثابت ان الطاعن لم يختصم المطعون عليه الثالث وهو رئيس مكتب الشهر العقارى الا ليصدر الحكم فى مواجهته بشطب التسجيلات الموقعة على العين موضوع الدعوى دون او يوجه اليه طلبات بالذات وكان مقتضى ذلك ان المطعون عليه الثالث لم يكن خصما فى النزاع وان الدعوى تصح بغير اختصامه فان بطلان الاستئناف بالنسبة له لا يتعداه الى الطاعن وباقى المطعون عليهم ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة " (الطعن رقم 347 سنة 31 ق جلسة 1966/1/1 س17 ع2 ص486)

البطلان المتعلق بالشفعة :

لما كانت الشفعة قيدا على حرية التعاقد ورخصة لصيقة بشخص الشفيع ليدفع بها عن نفسه مضار الجوار او المشاركة فى عقاره الذى يشفع به ، ومن ثم يقع باطلا تعامله فى هذه الرخصة او حوالته اياها او تنازله عنها الى غيره ، لزوال العلة منها فى هذه الاحوال التى تاباها طبيعة الشفعة ذاتها .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " الغرض من الشفعة دفع الضرر ، التحايل لابطالها ليس للمحاكم ان تقره " (الطعن رقم 1445 سنة 54 ق جلسة 1987/6/11 س38 ص813) وبأنه " يوجب القانون فى دعوى الشفعة اختصام جميع البائعين والمشترين فى كافة مراحل التقاضى بما فيها الطعن بالنقض ويترتب على ذلك ان بطلان الطعن بالنسبة الى بعضهم يترتب عليه عدم قبوله شكلا بالنسبة لجميع الخصوم " (الطعن رقم 298 سنة 26ق جلسة 1961/4/7 س12 ص420) وبأنه " القضاء بسقوط الحق فى الشفعة لسبب من الاسباب الواردة فى القانون المدنى فى باب الشفعة هو قضاء فى المواضوع وارد على اصل الحق المطالب وتستنفذ محكمة الدرجة بهذا القضاء ولايتها فى الفصل فى موضوع الدعوى ويطرح الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم الدعوى ما احتوته من طلبات ودفوع واوجه دفاع على محكمة الاستئناف فلا يجوز لها فى حالة الغاء هذا القضاء ان تعيد الدعوى الى محكمة الدرجة الاولى لنظر موضوعها من جديد ، ولا يغير من الامر ان يكون سند الحكم بسقوط الحق فى الشفعة هو بطلان اعلان احد الخصوم ذلك لان هذا البطلان ليس هو الغاية من الدفع به وانما هو مجرد وسيلة للوصول الى القضاء بسقوط حق المدعى فى الشفعة على اعتبار ان الميعاد المحدد لطلبها قضاء قد انقض دون ان ترفع على البائع والمشترى وفقا لما يتطلبه القانون ومن ثم فلا يصح النظر الى هذا البطلان مستقلا عن الغاية من التمسك به والاثر المترتب عليه " (الطعن رقم 244 سنة 31 ق جلسة 1965/12/30 س16 ص 1384) وبأنه " من المقرر انه لابد لقبول دعوى الشفعة ان تكون الخصومة فيها قائمة بين اطرافها الشفيع والمشترى والبائع سواء فى اول درجة او فى الاستئناف او فى النقض فان وقعها ايهم فى اية مرحلة من مراحلها ولم يختصم الباقين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها لما كان ذلك وكان النزاع المطروح وكان الثابت ان المطعون عليه الاول – الشفيع – لم يختصم البائعة المطعون عليها الرابعة امام محكمة اول درجة رغم بلوغها سن الرشد قبل رفع الدعوى – وانما اختصم من كانت تمثلها وهى قاصرة وقد تمسك الطاعنون – المشترون – ببطلان هذه الاجراءات للوصول الى القضاء بسقوط حق المطعون عليه الاول فى الشفعة على اعتبار ان الميعاد المحدد لطلبها قضاء قد انقضى دون ان ترفع وفقا لما يتطلبه القانون ، غير ان الحكم المطعون فيه التفت عن هذا الدفاع الجوهرى

ولم يمحصه مجتزئا فى ذلك بالقول بان التمسك بالبطلان فى هذه الحالة قاصر على المطعون عليها الرابعة التى لم تمسك به وان اختصامها فى الاستئناف يصحح البطلان ، ومن ثم فان الحكم قد اخطا فى تطبيق القانون وعابه القصور فى التسبيب " (الطعن رقم 112 سنة 45 ق جلسة 1981/3/3 س32 ص750) وبأنه " بطلان اجراءات الاعلان لا تتصل بالنظام العام فلا يجوز للطاعنين التحدى ببطلان اعلان الرغبة فى الشفعة لاول مرة امام محكمة النقض " (الطعن رقم 1392 سنة 48 ق جلسة 1982/6/24 س33 ص827) وبأنه " إذا أوجب المشرع فى المادة 942 من القانون المدنى ان يودع فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة فى الاخذ بالشفعة خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، ورتب على عدم اتمام الايداع على هذا النحو سقوط حق الشفيع فى الاخذ بالشفعة فقد دل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على ان ايداع كامل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع فى الميعاد وبالكيفية التى حددها المشرع هو اجراء من اجراءات دعوى الشفعة يتعين اتخاذه امام المحكمة المختصة قانونا بنظرها والا سقط الحق فى الاخذ بالشفعة ، ولا محل للتحدى باحكام البطلان فى هذه الحالة التى اوجب فيها المشرع توقيع الجزاء بسقوط الحق فى الاخذ بالشفعة اذ لم يتخذ الاجراء المذكور على النحو الذى اوجبه القانون " (الطعن رقم 1609 سنة 49 ق جلسة 1983/12/14 س 34 ص 1816) وبأنه " الغاء محكمة الاستئناف قضاء محكمة اول درجة ببطلان اعلان الرغبة فى الشفعة وجوب فصلها فى موضوع الدعوى دون اعادتها لمحكمة اول درجة " (الطعن رقم 2231 سنة 52 ق جلسة 1986/5/8)

البطلان المتعلق بتملك الشئ العام بالتقادم :

إن وضع اليبد على الأموال العامة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - مهما طالت مدته لا يكسب الملكية إلا إذا وقع بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، بمعنى أنه لجواز تملك الأموال العامة بالتقادم يجب أن يثبت أولا انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، إذ من تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل في عداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكما ،

ثم يثبت وضع اليد عليها بعد ذلك المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائطها القانونية . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر مجرد وضع يد المطعون عليه مدة تزيد على خمسة عشر عاما بعد اعتراض أو منازعة من وزارة المواصلات هو السبب الذي أزال عن هذه الأرض تخصيصها للمنفعة العامة ورتب على ذلك اكتساب المطعون عليه ملكيتها فإنه يكون مخطئا في القانون . (جلسة 1970/3/19 مجموعة أحكام النقض س21 ص480)

وكما لا يجوز تملك الشئ العام بالتقادم ، كذلك لا يجوز تملكه إذا كان منقولا بالحيازة ، وعلى هذا يجوز للشخص الإداري أن يسترد الشئ العام المنقول من تحت يد حائزه ، ولو كان هذا الحائز حسن النية ، وإذا كان الشئ العام المنقول قد سرق أو ضاع ثم اشتراه شخص حسن النية ، فإن الشخص الإداري يستطيع أن يسترده منه ، ولا يلتزم برد الثمن إليه إذا كان المشتري المنقول المسروق أو الضائع في سوق عامة أو من تاجر يتعامل في مثل هذا المنقول ، وقد قضت محكمة النقض بأن التمثال الأثري لا يجوز التبايع فيه ن بل بيعه وشراؤه باطلان ، وللحكومة أن تقاضي من يكون هذا التمثال في حيازته مهما كانت جنسيته لتسترده منه ، بغير تعويض تدفعه أو ثمن ترده إليه ، ولا يكون له أن يحتج عليها بحكم المادة 87 مدني (قديم) فإن من المقرر قانونا أن أحكام امتلاك المنقول بالحيازة لا ترد بحال على الأملاك العامة .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " يدل نص المادة 2/87 من القانون المدني على أن الأموال العامة لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم - وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية للقانون المدني - على أن التقنين المدني الحالي لن يغفل شيئ من مزايا نصوص التقنين السابق في شأن الأموال العامة بل جمعها كلها في عبارة موجزة واضحة وتجنب فقط تعداد الأشياء العامة في المادة 9 من التقنين المدني السابق اكتفاء بما وضعه من معيار التخصيص للمنفعة العامة وهو معيار يضع تعريفا عاما تتعين بمقتضاه الأشياء العامة دون حاجة لتعدادها ، ومن ثم فإن الشواطئ تعتبر في حكم المادة 87 سالفة الذكر ، كما كانت بصريح نص المادة 9 من التقنين السابق من الأموال العامة ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وايد قضاء الحكم الابتدائي بمنع تعرض الطاعنين وإزالة ما أقاماه من مبان على الأرض محل النزاع رغم كونها من الأموال العامة - فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه " (جلسة 1987/11/25 الطعن رقم 1714 لسنة 55ق)

ويمكن القول إنه لما كان الشئ العام لا يجوز أن تنتقل ملكيته الى أحد مادام مخصصا لمنفعة العامة ، فإن أيا من أسباب كسب الملكية لا يرد عليه ، واسباب كسب الملكية هى الاستيلاء ولا يتصور أن يرد على الشئ العام ، والميراث والوصية وهما كذل لا يتصوران ، والشفعة وهى لا تجوز لا في الشئ العام ولا بالشئ العام ، ويبقى بعد ذلك من أسباب كسب الملكية العقد والتقادم والالتصاق ، والشئ العام لا يجوز التصرف فيه بالعقد ولا تملكه بالتقادم ، والآن نقرر أنه لا يجوز تملكه بالالتصاق . فإذا أقامت الإدارة مبنى عاما على أرض غير مملوكة لها ، لم يجز لصاحب الأرض أن يتملك المبنى العام بالالتصاق ، بل الإدارة هى التي تنزع ملكية الأرض . (راجع فيما تقدم السنهوري في الوسيط الجزء 8)

البطلان المتعلق باعمال المحاماة :

فقد قضت محكمة النقض بأنه " عدم جواز الجمع بين المحاماة والاشتغال بالتجارة مخالفة ذلك ، اثره ، توقيع الجزاءات التأديبية على المحامى ، المادتان 19-53 من القانون رقم 96 لسنة 1957 ، لا يمنعه ذلك من المطالبة باجرة اذا ما باشر احدى عمليات السمسرة " (الطعن رقم 39 سنة 39 ق جلسة 1975/1/7 س26 ص124) وبأنه " قبول المحامى الوكالة فى دعوى او شكوى مقدمة ضد زميل له قبل الحصول على اذن من مجلس النقابة الفرعية المادة 133 من القانون رقم 61 لسنة 1968 لا يعيب الاجراء مخالفة المحامى لهذا النص . اثرها ،مساءلته تأديبيا . (الطعن رقم 759 سنة 42 ق جلسة 1976/3/2 س 27 ص532) وبأنه " مباشرة المحامى – الذى رفع الاستئناف – للاجراء قبل الحصول على سند بالوكالة لا تبطله طالما تاكدت صفته فى مباشرته باصدار توكيل له " (الطعن رقم 502 سنة 44 ق جلسة 1977/12/14 س 28 ص 1798) وبأنه" اغفال المحامى استصدار اذن من النقابة قبل ان يشكو زميلا له او يتخذ اجراءات قانونية ضده ، المادة 31 من القانون 96 لسنة 1957 لا يؤدى الى بطلان الاجراء ، مخالفى المحامى لهذا النص ، اثره مساءلته تأديبيا " (الطعن رقم 370 سنة 36 ق " هيئة عامة " جلسة 1974/3/4 س25 ص12)

وبأنه " اختصاص مجلس نقابة المحامين ولجانه بتقدير اتعاب المحامى عند الخلاف على قيمتها فى حالة عدم وجود اتفاق مكتوب ، تقدير اللجنة للاتعاب ، فقضاء فى خصومة ، مخالفة قرار التقدير لاسس النظام القضائى وانحرافه عن الاصول العامة ، اثره ، بطلان القرار " (الطعن رقم 382 سنة 38ق جلسة 1974/5/9 س25 ص840) وبأنه " اللجنة المختصة بانه تقدير اتعاب المحامى ، صدور قرار اللجنة بتصحيح ما ورد بديباجة الامر لاستدراك ما وقع فى اسم احد الاعضاء من خطا مادى ، رفض الحكم المطعون فيه ، الدفع بالبطلان رغم ان التصحيح السابق لا يتفق مع ما ثبت بمحضر جلسة النطق بالامر خطا فى القانون " (الطعن السابق)

كما قضت بأنه " إدارة قضايا الحكومة نيابتها عن الحكومة والمصالح العامة والمجالس المحلية ، المادة 6 من القانون 75 لسنة 1963 ، الاتحاد الاشتراكى هو تنظيم سياسى ، لا يندرج ضمن من عددتهم المادة السادسة السالف ذكرها ومن ثم فلا تنوب عنه ادارة قضايا الحكومة امام القضاء ويكون توقيعها على صحيفة الطعن عن الاتحاد الاشتراكى لا يتحقق به الشرط الذى تتطلبه المادة 253 من قانون المرافعات ويكون الطعن بذلك باطلا " (الطعن رقم 545 سنة 42 ق جلسة 1978/4/25 س29 ص1101) وبأنه " اذا كان المحامى الموكل عن جميع المستأنفين يباشر اجراءات الدعوى باسمهم جميعا حتى صدور الحكم فيها ولم يعلن عن وفاتهما اثناء قيام الاستئناف ولم يخبر المستانف عليه بذلك ومن ثم فان الاجراءات لا تكون باطلة ، لان السبب الذى كان يجب ان توقف من اجله الدعوى كان مخفيا على المستانف عليه فلم يكن له ان يظن ان المحامى الذى يمثل المتوفين قد انقضت وكالته بوفاتهما ويكون النعى محمولا على واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع مما يجعله غير مقبول " (الطعن رقم 203 سنة 44 ق جلسة 1979/1/24 س 30 ص 338) وبأنه " لما كان الاستئناف طبقا لنص المادة 230 من قانون المرافعات يرفع بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة وفقا للاوضع المقررة لرفع الدعوى وكانت الفقرة الاولى من المادة 65 الواردة فى الباب الثانى الخاص برفع الدعوى قد اوجبت على المدعى ان يقدم لقلم كتاب المحكمة وقت تقديم صحيفة دعواه صورا منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب فان توقيع المحامى على اصل صحيفة الاستئناف او صورتها المقدمة لقلم الكتاب يتحقق به الغرض الذى قصد اليه المشرع من وضع الفقرة الثانية من المادة 87 من قانون المحاماة سالف الذكر – 61 لسنة 1968 –

لما كان ذلك وكان ملف الدعوى امام محكمة الاستئناف - الذى امرت المحكمة بضمه الى ملف الطعن - يحتوى على اصل الاستئناف المعلنة للمستانف عليه - الطاعن - فى 1973/7/8 كما يحتوى على صورة مطابقة لها يوجد على هامشها توقيع المحامى المستانف المطعون ضده - ومن ثم فان خلو اصل الصحيفة المعلنة من توقيع المحامى يكون ولا اثر له طالما تحققت الغاية من الاجراء بالتوقيع على صورة الصحيفة المودعة بالملف ويكون النعى بالبطلان لهذا السبب لا اساس له من القانون " (الطعن رقم 1060 سنة 45 ق جلسة 1981/2/22 س 32 ص 579) وبأنه " اذ نصت المادة 134 من القانون 61 لسنة 1968 على انه " لا يحق للمحامى ان يقبل الوكالة فى دعوى او شكوى مقدمه ضد زميله قبل الحصول على اذن من مجلس النقابة الفرعية " دون ان يترتب البطلان جزاء على مخالفة هذا النص فقد دلت على ان عدم الحصول على الاذن ، وان كان يعرض المحامى للمحكمة التاديبية طبقا للمادة 142 من ذلك القانون ، لان واجب الحصول على الاذن انما يقع على عاتق المحامى دون موكله الا انه لا يطل عمله فلا يعد عيبا جوهريا يمس الطعن او يعيبه " (الطعن رقم 597 سنة 44 ق جلسة 1980/1/8 س3 ص 98) وبأنه " النص فى الفقرة الاولى من المادة 111 من القانون رقم 61 لسنة 1968 باصدار قانون المحاماة - المنطبق على واقعة الدعوى - على انه يجب ان يعلن المطلوب التقدير ضده بصوره من طلب التقدير بالجلسة التى تحدد لنظره على يد محضر بغير رسوم ليحضر امام المجلس كما يجب اخطار طالب التقدير بالجلسة المحددة لنظر الطلب بخطاب موصى عليه بعلم الوصول يدل على ان اعلان صورة طلب التقدير الى المدعى عليه هو اجراء لازم لانعقاد الخصومة بين طرفيها تحقيقا لمبدا المواجهة بين الخصوم ، لما كان ذلك وكان الثابت من الدعوى ان الطاعنين لم يعلنوا بصورة من صور طالب التقصير المقدم من المطعون ضده الى مجلس النقابة الفرعية وهو ما لم يترتب عليه عدم انعقاد الخصومة وبطلان القرار الصادر من اللجنة وذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى فى قضاءه على صحة انعقاد الخصومة باخطار الطاعنين بطلب التعجيل بعد الانقطاع وهو لا يقوم مقام اعلان اصل الطلب فانه يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم 798 سنة 56 ق جلسة 1989/1/25) وبأنه " الفقرة الاولى من المادة 129 من القانون رقم 61 لسنة 1968 الخاص بالمحاماة

على انه " على المحامى ان يمتنع عن ابداء اية مساعدة ولو من قبيل الشورى لخصم موكله فى النزاع ذاته او فى نزاع مرتبط به اذا كان قد ابدى رايا للخصم او سبقت له وكالة عنه ثم تنحى عن وكالته وبصفة عامة لا يجوز للمحامى ان يمثل مصالح متعارضة .. " يدل على ان الخطاب فى هذا النص موجه الى المحامى مما مفادة ان اقدامه على تلك المخالفة يؤدى الى مساءلته تأديبيا " (الطعن رقم 1156 سنة 47 ق جلسة 1981/6/25 س32 ص1939) وبأنه " عدم التمسك امام محكمة الاستئناف ببطلان تقدير الاتعاب المقدم من المحامى لمجلس نقابة المحامين ، عدم جواز العودة الى التحدى به امام محكمة النقض " (الطعن رقم 509 سنة 48 ق جلسة 1981/5/19 س32 ص1542) وبأنه " مؤدى نص المادة 76 من القانون رقم 17 لسنة 1983 بشان اصدار قانون المحاماة ان المشرع لم يرتب البطلان على كل مخالفة لاحكام ممارسة اعمال المحاماة وانما ترك الجزاء على مخالفتها وفق ما يقضى به الحكم المخالف ويدل النص فى المادة 71 من القانون سالف الذكر على ان المشرع قصد به عدم لجوء المحامى اثناء مزاولة مهنته الى اساليب الدعاية ولم يضعه شرطا لصحة الاجراء الذى يقوم به ولا تعدو مخالفته ان تكون مهنية تعرض المحتمى للمساءلة التاديبية طبقا لنص المادة 98 من ذات القانون ولا تستتبع تجريد العمل الذى قام به المحامى من اثاره القانونية ولا تنال من صحته متى تم وفقا للاوضاع التى تطلبها القانون " (الطعن رقم 1995 سنة 54 ق جلسة 1989/5/25) وبأنه " يدل نص المادة 80 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 على اقدام المحامى على اتيان اى من الاعمال المنصوص عليها فيه لا يؤدى الى بطلان العمل وانما الى مساءلته تاديبيا بعد ان خلت مواد ذلك القانون من ترتيب البطلان جزاء على مخالفته " (الطعن رقم 1602 سنة 56 ق جلسة 1991/5/30) وبأنه " النص فى المادة 76 من القانون رقم 17 لسنة 1983 بشان اصدار قانون المحاماة على انه " لا يجوز للمحامى التوقيع على صحف الدعاوى والطعون وسائر اوراق المحضرين والعقود المقدمة للشهر العقارى او الحضور او المرافعة بالمخالفة لاحكام قانون ممارسة اعمال المحاماة المنصوص عليها فى هذا القانون والا يحكم بعدم القبول او البطلان بحسب الاصول مع عدم الاخلال بمسئولية المحامى طبقا لاحكام هذا القانون ومسئوليته قبل من اضر به الاجراء المخالف ،

مؤداه ان المشرع لم يرتب البطلان على كل مخالفة لاحكام قانون ممارسة اعمال المحاماة وانما ترك الجزاء على مخالفة تلك الاحكام وفق ما يقضى به حكم النص المخالف ، لما كان ذلك وكان النص فى المادة 14 من القانون سالف الذكر على أنه " لا يجوز الجمع بين المحاماة والاعمال الاتية ... 3- الوظائف العامة فى الحكومة والهيئات العامة والادارة المحلية والوظائف فى شركات القطاع العام او الوظائف الخالية .." يدل على ان الشارع لم يضع جزاء يمس صحة الاجراء الذى يقوم به المحامى الذى يجمع بين مهنة المحاماة والوظيفة العامة ، واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع بالبطلان فانه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا " (الطعن رقم 1 سنة 59 ق " احوال شخصية " جلسة 1991/4/2)

البطلان المتعلق بالتامين

تنص المادة 750 مدنى : يقع ما يريد فى وثيقة التأمين من الشروط الآتية :

الشرط الذى يقضى بسقوط الحق فى التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية .

الشرط الذى يقضى بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره فى إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو فى تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخير كان لعذر مقبول .

كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التى تؤدى إلى البطلان أو السقوط .

شرط التحكيم إذا ورد فى الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا فى صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة .

كل شرط تعسفى آخر تبين انه لم يكن لمخالفته اثر فى وقوع الحادث المؤمن منه.

يتبين لنا من نص المادة السابقة أن المؤمن لا يجوز له أن يشترط سقوط الحق فى التأمين لمخالفة القوانين واللوائح لكن يجوز له ذلك إذا حدد نصا معينا محددا فى قانون أو لائحة ولما كانت الجنايات لا تقع إلا عمدا وكذلك الجنح العمدية فإن التأمين لا يشملها حتى لو خلا الشق الأخير من الفقرة الأولى من النص عليها وتخرج المخالفات من الحظر .

والعبرة بطبيعة الجريمة وقت تحقق الخطر المؤمن منه ، فإن تمثلت الجريمة فى مخالفة وقت أن تحقق الخطر ، كان للمؤمن له طلب التعويض حتى لو صدر قانون بعد ذلك وقبل الفصل فى الدعوى جعل الواقعة جنحة

ويراعى إذا تضمنت الوثيقة ، شرطا يقضى بسقوط حق المؤمن له فى الرجوع على المؤمن بسبب تأخره فى إخطار السلطات بالحدث المؤمن له أو فى تقديم المستندات ، وقع هذا الشرط باطلا حتى لو كان بشكل بارز أو مكتوب باليد ويرجع البطلان هنا إلى أن المؤمن له متى تأخر عن إبلاغ السلطات أو الجهة المختصة ففى حالة سرقة أوراق مالية لعذر مقبول فمن الظلم حرمانه من التعويض ومن ثم لا يسقط حقه فيه ولا يجوز للمؤمن الرجوع عليه بتعويض الضرر الذى أصابه من التأخر فى التبليغ ، والمستندات المشار إليها قد تكون الإنذارات وعريضة الدعوى وصور المحاضر بالنسبة لدعوى المسئولية أو الشهادات الطبية وصور المحاضر بالنسبة للتأمين من الإصابات ، وبناء على ذلك فإذا تعمد المؤمن له عدم الإبلاغ أو تأخر فيه بدون عذر مقبول سقط حقه فى التأمين بالنسبة للحادث الذى وقع بشأنه الإخلال دون غيره مما يتقدمه أو يليه ودون أن يزول عقد التأمين ، يظل المؤمن له ملتزما بالإقساط فى الماضى والمستقبل ويظل المؤمن ملتزما بالتعويض عن الأضرار الأخرى ويتحمل الأخير عبء إثبات إخلال المؤمن له العمدى بالتزامه بالإبلاغ انتفاء المبررات التى تجعل العذر مقبولا ، وحينئذ ، يتحقق الخطأ التقصيري فى جانب المؤمن له ، مما يحول دون الرجوع على المؤمن بمبلغ التأمين .

ويتعين أن طبيعة هذا الشرط بشكل بارز سواء بحروف اكبر أو بمداد مختلف اللون أو بآله كاتبة أو باليد حتى يتنبه إليه المؤمن له وإلا فلا يعتد بهذا الشرط ، ويمتنع بالتالى على المؤمن التمسك بالبطلان .

كما يجب أن يكون شرط التحكيم المطبوع محل اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة حتى يقيد حق المؤمن له فى الالتجاء للقضاء ويلتزم المؤمن له بشرط التحكيم إذا تضمنه شرط منفصل عن الشروط العامة أو بملحق خصص لهذا الشرط.

وقد وضعت الفقرة الخامسة من المادة السابقة حكما عاما من شأنه إبراز التعميم بعد التخصيص درءا للتعسف الذى يقع فى الشروط أيا كانت صورته كحمولة المراكب أو شرط تجديد رخصة السيارة لاستحقاق التعويض عن الحوادث إذ ليس للتجديد اثر فى وقوع الحادث والشرط بوجوب الإخطار فى مدة معينة حتى لو كان المؤمن له لا يعلم بالحادث ، ويقدر قاضى الموضوع ما إذا كان لمخالفة الشرط دخل فى وقوع الحادث ليكون الشرط صحيحا أو ليس للمخالفة دخل فيكون الشرط تعسفيا فيقع باطلا .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " يدل النص فى المادة 750 مدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن البطلان الذى يجرى به نص الفقرة الأولى من هذه المادة ينطبق على الشروط التى تقضى بسقوط الحق فى التامين بسبب مخالفة القوانين واللوائح بصفة عامة دون تحديد لمخالفة معينة من المخالفات المنصوص عليها فيه ، وعلى أن البطلان المنصوص عليه فى الفقرة الثالثة لا يلحق لا الشرط الذى يؤدى متى تحقق إلى بطلان حق المؤمن له أو سقوط هذا الحق بعد ثبوته ، أما إذا اتفق الطرفان فى وثيقة التامين على استثناء بعض حالات الخطر المؤمن منه فإنه يتعين إعمال هذا الاتفاق متى كانت هذه الحالات محددة تحديدا واضحا مفرغة فى شرط خاص ، ويصح ورود هذا الشرط ضمن الشروط المطبوعة فى الوثيقة مادام لا يتعلق بأحوال البطلان أو السقوط ، وعلى أن ما يسوغ إبطاله وفقا للفقرة الخامسة إنما يقتصر على الشروط التعسفية التى تتنافر مع جوهر العقد باعتبارها مخالفة للنظام العام ، لما كان ذلك وكان النص فى البند ج من الشرط الخامس من وثيقة التأمين على انه يجوز للمؤمن الرجوع على المؤمن له أو شخص آخر يقودها بموافقته غير حائز على رخصة قيادة لنوع السيارة قد ورد تنفيذا لما نص عليه المشرع فى المادة 16 من القانون رقم 652 لسنة 1955 بشان التأمين الاجبارى من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات على انه يجوز أن تتضمن الوثيقة واجبات معقولة على المؤمن له وقيود معقولة على استعمال السيارة وقيادتها فإذا اخل المؤمن له بتلك الواجبات أو القيود كان للمؤمن حق الرجوع عليه لاسترداد ما يكون قد دفعه من تعويض ،

لا يعتبر من الشروط القائمة على التعسف والمناقضة لجوهر العقد ولا مخالفة فيها للنظام العام وينطوى على استبعاد مخالفة معينة من المخالفات المنصوص عليها فى قانون المرور من نطاق التأمين ومبناه الرغبة المشروعة فى الحد من نطاق المسئولية باستبعاد بعض الصور التى يكون من شأنها جعل الخطر أشد احتمالا فإنه يتعين إعمال مقتضاه ، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعنة استنادا إلى أن البند ج من الشرط الخامس من وثيقة التأمين هو شرط تعسفى باطل طبقا لنص كل من الفقرة الأولى والثالثة والخامسة من المادة 750 من القانون المدنى فإنه يكون قد خالف القانون " (نقض 1988/3/23 طعن 276 س52ق) وبأنه " النص فى المادة 750 من القانون المدنى على أن يبطل ما يرد فى وثيقة التأمين من الشروط الآتية : 3 - كل " شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التى تؤدى إلى البطلان أو السقوط " يدل على أن البطلان لا يلحق إلا الشرط الذى لا يؤدى - متى تحقق - إلى بطلان حق المؤمن له أو سقوط هذا الحق بعد نشوئه أما إذا اتفق الطرفان فى وثيقة التأمين على استثناء بعض حالات الخطر المؤمن منه من التأمين ، فإنه يتعين إعمال اثر هذا الاتفاق متى كانت هذه الحالات محددة تحديدا واضحا مفرغة فى شرط خاص ، ولما كان هذا الشرط المحدد لنطاق الخطر المؤمن منه لا يتعلق بأحوال البطلان أو السقوط فإنه يصح وروده ضمن الشروط المطبوعة فى الوثيقة والا يسرى فى شأنه حكم النص المشار إليه " (نقض 1985/11/12 طعن 871 س49ق) وبأنه " مؤدى نص المادتين 16 ، 3/2 من القانون رقم 652 لسنة 1955 بشأن التأمين الاجبارى من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات ، والبند الخامس فقرة ج من الشروط الملحقة بنموذج وثيقة التأمين الذى صدر به قرار وزير المالية والاقتصاد رقم 152 لسنة 1955 الخاص - بتنفيذ حكم المادة الثانية من القانون المذكور - أن الشركة التأمين أن ترجع على مالك السيارة المؤمن له لاسترداد ما تكون قد دفعته من تعويض للمضرور فى حوادث السيارات فى حالة ما إذا كان قائد السيارة مرتكب الحادث قد قادها بموافقة المؤمن له بدون رخصة تجيز قيادته لها ، كما أن للمؤمن أن يدفع دعوى الضمان التى يقيمها مالك السيارة قبله بعدم التزامه بتعويض عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه فى هذه الحالة " (نقض 1976/6/8 طعن 92 س42ق)

وبأنه " متى كانت بنود وثيقة التأمين لم ترتب سقوط حق المؤمن له فى مبلغ التعويض جزاء على عدم إخطار الشركة المؤمنة بالحادث فى الميعاد المحدد فى الوثيقة كما لم يرد بالتقنين المدنى نهى يقرر الجزاء على إخلال المؤمن له بالإخطار . وإذا لا يكون سقوط الحق إلا بالاتفاق أو بنص قانونى ، وكانت الطاعنة (شركة التأمين) لم تدع أن ثمة ضررا قد حاق بها بسبب التأخير فى إخطارها بالحادث فى الميعاد المنصوص عليه فى الوثيقة مما يترتب عليه إنقاص مبلغ التعويض يقدر ما عسى أن يكون قد لحقها من ضرر طبقا للقواعد العامة ، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ لم يترتب أثرا على عدم إخطار شركة التأمين بالحادث فى المدة المحددة له بالوثيقة وانتهى إلى انقضاء بإلزامها بمبلغ التعويض " (نقض 1966/6/28 طعن 285 س31ق) وبأنه " الشرط الذى يرد فى عقد التأمين بسقوط الحق فى التأمين بسبب عدم صلاحية السيارة لاستعمال وقت وقوع الحادث ينطوى على استبعاد مخالفة معينة من المخالفات المنصوص عليها فى قانون المرور من نطاق التأمين ومبناه الرغبة المشروعة فى الحد من نطاق المسئولية باستبعاد بعض الصور التى يكون من شأنها جعل الحادث المؤمن منه أكثر احتمالا ، مما يتأتى بذلك الشرط قانونا عن البطلان الذى تجرى به المادة 750 فقرة أولى مدنى على الشروط التى تقضى بسقوط الحق فى التأمين بسبب مخالفة القوانين أو اللوائح بصفة عامة دون تحديد لمخالفة معينة من المخالفات المنصوص عليها فيها " (نقض 1965/2/18 طعن 143 س30ق)

كما قضت بأنه " إذا كان يبين من الإطلاع على الحكم المطعون فيه - أن محكمة الاستئناف - بعد أن بينت أن الحكم الجنائى الذى قضى بإدانة سائق السيارة المؤمن عليها قام على تحميل تلك السيارة بأكثر من الحمولة المقررة بطنين وبأنها كانت فى حالة غير صالحة للعمل من حيث فراملها وعجلة قيادتها ، عرضت لما أدلت به شركة التأمين الطاعنة فى دفاعها من أن هاتين الحالتين لا تدخلان فى نطاق التامين إذا نصت المادة الثانية من وثيقة التامين على أن التأمين لا يشملها - ولم تأخذ بهذا الدفاع وأسست وجهة نظرها فى التقرير بمسئولية الطاعنة عن دفع مبلغ التامين على أن ما احتوته وثيقة التامين من شروط مطبوعة - عددت فيها الحوادث والأضرار التى تعفى فيها الطاعنة من المسئولية - يوصل الى القول بأن الشركة قد اعتبرت نفسها فى الواقع متحللة من دفع التامين عن الحوادث التى تقع نتيجة مخالفة القوانين واللوائح عموما - بما يترتب عليه عدم الاعتداد بهذا الشرط وإهداره ، فإن هذا الذى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه عليه يكون مخالفا للقانون -

ذلك انه وان كان مؤدى ما انتهى إليه ذلك الحكم هو اعتبار وثيقة التأمين موضوع الخصومة الحالية والتى عقدت فى ظل القانون المدنى القديم عقد إذعان ، انه لا يتأدى من ذلك أن يهدر نص فيها على أن التأمين لا يشملها – ذلك أن ما يسوغ ابطاله فى هذه الحالة – إنما يقتصر على الشروط التعسفية التى تناقض مع جوهر العقد باعتبارها مخالفة للنظام العام ، ولما كان ما ورد بالبندين ثانيا ورابعا من المادة الثانية من العقد من أن التأمين لا يشمل بصفة خاصة ما يقع من الحوادث والأضرار نتيجة التحميل السيارة بأكثر من حمولتها المقررة رسميا او نتيجة لعدم العناية بها وهاتان الحالتان هما عماد الحكم الجنائى فى إدانة سائق السيارة المؤمن عليها لا يعتبر من الشروط القائمة على التعسف والمناقضة لجوهر العقد ولا مخالفة فيها للنظام بل أن مبناهما الرغبة المشوعة فى الحد من نطاق المسئولية باستبعاد بعض الصور التى يكون من شانها جعل الخطر اشد احتمالا فانه يتعين لذلك إعمال مقتضاهما ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون متعين النقض (نقض 1960/2/21 طعن 296 س25ق) وبأنه " متى كان عقد التأمين قد نص على أن كل تغيير أو تعديل يحدث بالنسبة للغرض الذى أعد له المكان المحفوظة فيه البضائع المؤمن عليها أو الاستعمال الذى خصص من اجله ، ويكون من شأنه زيادة المخاطر دون قبول كتابى من المؤمن يحرم للمستأمن حقه فى التعويض ، وكان الثابت هو أن المستأمن قد استعمل هذا المكان عقب تحرير عقد التأمين فى عملية تنظيف الحبوب الملوثة بالمازوت بواسطة غسلها بالبترول وانه أقام فرنا لتسخين المياه اللازمة لتلك العملية بالقرب من مكان البضائع التى احترقت فإن الحكم لا يكون قد اخطأ إذا قرر حرمانه من حقه فى التعويض " (نقض 1955/2/24 طعن 279 س21ق) وبأنه " إذا كانت المحكمة قد رفضت الدعوى المرفوعة من المدعى على شركة التأمين " التى اتفق معها على تأمين نقل كمية من نترات الصودا بمركب شراعى من جهة إلى جهة " بطلب التعويض المتفق عليه ، لان البضاعة المؤمن على نقلها غرقت ، وبنت الرفض على أن المدعى خالف احد شروط العقد بأن شحن المركب بأكثر من الحمولة المقرة ، محصلة اقتناعها بذلك من العناصر الموجودة فى الدعوى ومن المستخرجات الرسمية المبينة لحمولة المركب ، ومدعمة نظرها بما قرره المدعى نفسه فى التحقيق الذى أجراه البوليس عن الحادثة ، من أقوال لم ينكر صدورها منه فإن حكمها يكون مبنيا على عناصر مؤدية إليه ،

ولا يعيبه أن يكون قد استند فيما استند إليه – إلى تقرير مهندس الشركة المدعى عليها رغم انه لم يكن معينا خبيرا فى الدعوى وفقا للقانون مادام استادا الحكم إليه لم يكن إلا من قبيل تعزيز ما اقتنعت به المحكمة من وقوع المخالفة من المدعى وخصوصا أن هذا التقرير هو عن واقعة مادية للمحكمة ان تحل اقتناعها بصحتها من اى دليل فى الدعوى " (نقض 1942/11/12 طعن 1س 12ق)

ومن أحكامها كذلك أنه " إذا أبطلت المحكمة التعاقد على التأمين تأسيسا على أن تقرير المؤمن له أن لديه دفاتر منتظمة لقيد مشترياته ومبيعاته وقائمة لجرد البضاعة يراجعها بانتظام لم يكن صحيحا ، وان الدفتر الذى ظهر انه يعنيه غير باعث على الاطمئنان لعدم انتظامه ووجود شطب فيه وان تقريره هذا كان فى خصوص أمر جوهرى لتعلقه بسجل هو المرجوع الرئيسى لتعيين ما على شركة التأمين أن تؤديه إليه فى حالة وقوع الخطر المؤمن منه ، فهذا منها قصور فى تسبيب حكمها ، إذ عدم انتظام القيد فى الدفاتر لا تؤدى عقلا إلى القول بكذب التقرير بوجود دفاتر ، بل كل ما يترتب عليه هو التأثير فى قوة الدفتر كأداة إثبات وإذ أن المحكمة حين اعتبرت البيان عن السجل وقائمة الجرد جوهريا لتعله بإثبات الضرر الذى يلحق المؤمن له من وقوع الخطر لمؤمن منه وانه يحدد فيما بين العاقدين طريقه إثباته ، لم تبن ذلك على اعتبارات من شانها أن تبرره وخصوصا أن عبء إثبات الضرر يقع دائما على المؤمن له دون الشركة المؤمنة ، مما مفاده أن تعلق ذلك البيان بالإثبات ليس من شانه أن يفيد انه جوهرى له " (نقض 1946/5/16 طعن 65 س15ق)

الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام بالإخطار عن زيادة المخاطر :

تقضى القواعد المقررة فى نظرية العد والمبادئ العامة المسلم بها فى عقد التأمين بأنه إذا تعمد المؤمن له أو المؤمن على حياته كتمان أمر أو قدم عن عمد بيانا كاذبا ، وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر ، فإن ذلك يؤدى إلى بطلان عقد التامين ، وإذا كان موضوع العقد عدة أشياء أو أشخاصا متعددين ، وكان الكتمان أو البيانات الكاذبة لا تنصب إلا على البعض ، فإن التأمين يظل قائما بالنسبة إلى بقية هذه الأشياء أو باقى هؤلاء الأشخاص طالما أن المؤمن كان يقبل التأمين عليهم وحدهم بالشروط ذاتها ، وفى الأحوال التى تبطل فيها العقد بأكمله أو جزء منه بسبب الكتمان أو البيانات الكاذبة تكون الأقساط التى تم أداؤها من حق المؤمن ، أما الأقساط التى استحقت ولم تؤد فيكون له الحق فى المطالبة بها .

ولا يترتب على سكوت المؤمن أو المؤمن على حياته عن أمر أو إعطائه بيانا غير صحيح بطلان العقد ، إذا لم يقم الدليل على سوء نيته ، وانه إذا انكشفت الحقيقية قبل تحقق الخطر ، يكون للمؤمن أن يطلب إبطال العقد ويتعين عليه فى هذه الحالة إخطار المؤمن له ، إلا إذا قبل هذا الأخير زيادة فى القسط تناسب مع الزيادة فى الخطر ، وأما إذا ظهرت الحقيقية بعد تحقق الخطر ، فيتم خفض التعويض .

وتسرى هذه الأحكام أيا كان الوقت الذى وقع فيه الكتمان أو أدلى غير الصحيح يستوى أن يكون ذلك وقت تقديم المؤمن له ابتداء البيانات اللازمة أو وقت أن يخطر المؤمن بما يستجد من الظروف التى تؤدى إلى زيادة الخطر وقد جرى قضاء محكمة النفض الفرنسية على عدم التمييز بين هذين الفرضين وتطبيق نفس الأحكام عليهما جميعا ، إذ أن النصوص التى تتضمن هذه الأحكام عامة لا تميز بين فرض وفرض ، هذا إلى أن التزام المؤمن له بإخطار المؤمن بما يستجد من الظروف التى تؤدى إلى زيادة الخطر ليس فى الواقع من الأمر إلا امتدادا لالتزامه بتقديم البيانات ابتداء ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ويجب فى تطبيق هذه الأحكام على كل من الفرضين ، التمييز بين حالتين حالة ما إذا كان المؤمن له سيئ النية فى الكتمان أو فى الإدلاء ببيان غير صحيح ، وحالة ما إذا كان حسن النية فى ذلك . ويقع على عاتق المؤمن عبء إثبات ما وقع من كتما أو الإدلاء ببيان غير صحيح كما يقع على عاتقه عبء إثبات أن المؤمن سيئ النية فى ذلك . فإذا لم يقم الدليل على سوء نيته كان المفروض انه حسن النية .

البطلان المتعلق بالخبير :

مناط الطعن ببطلان تقرير الخبير هو أن يكون قد شاب إجراءاته عيب جوهرى ترتب عليه ضرر للخصم وإذن فمتى كان الخبير قد حدد يوما معينا ليقدم الطرفان مستنداتهما ثم عجل هذا التاريخ وأتم أعماله وكان الخصم المتمسك ببطلان تقرير الخبير لم يقدم ما يدل على أن الخبير اغفل فحص مستند قدمه إليه كما لم يقدم إلى محكمة الموضوع بعد إيداع تقرير الخبير حتى صدور الحكم اى مستند يستفاد منه أن الخبير فوت عليه مصلحة باتخاذ هذا الإجراء ، فإن النعى ببطلان التقرير يكون غير مقبول لانتفاء المصلحة (الطعن رقم 29 سنة 21ق جلسة 1954/11/18)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " على الخبير ألا يباشر عمله إلا بعد دعوى الخصوم للحضور أمامه ، وله متى بلغتهم دعوته ، أن يباشر العمل فى الموعد الذى حدده لهم ، سواء احضروا بعد ذلك أم لم يحضروا ، أما إذا باشر عمله دون أن يدعوهم إليه كان عمله مشوبا بالبطلان ، وصح للخصوم أن يتمسكوا بذلك فى الوقت المناسب أمام محكمة الموضوع وكان فصل محكمة الموضوع فى ذلك خاضعا لرقابة محكمة النقض " (الطعن رقم 8 سنة 1ق – جلسة 1931/11/19) وبأنه " إذا امتنع الخبير عن سماع أقوال بعض الخصوم الختامية فليس فى امتناعه هذا أية مخالفة للقانون إذ هو ملزم بإجابة طلب الخصوم استرساله فى أداء المأمورية المطلوب منه أداؤها بعد أن يكون قد رأى أنها تمت " (الطعن رقم 8 سنة 1ق جلسة 1931/11/19) وبأنه " متى كان الواقع فى الدعوى أن الطاعن ادعى جزء من الأطيان يضع اليد عليه بمقبولة انه يدخل فيما سبق أن باعه له المطعون عليه ونزع هذا الأخير ملكيته منه وفاء لمتأخر الثمن استنادا إلى أن ما نزع ملكيته اقل مما بيع فضلا عن اختلاف الحد القبلى فيهما ، وكان الثابت من محضر أعمال الخبير انه نفذ الحكم التمهيدى بمعاينة الأطيان وطبق المستندات وانه وان لم يشفع التقرير برسم تخطيطى كما كلفه بذلك الحكم التمهيدى إلا انه فصل الأمر تفصيلا اقتنع محكمة الموضوع مما رأت معه وضوح الحقيقية – أن ادعاء الطاعن غير صحيح – دون استعانة برسم تخطيطى فلا عليه فيما رأت ، ومن ثم فإن النعى على الحكم مخالفة القانون يكون على غير أساس "(الطعن رقم 61سنة 19ق جلسة 1951/6/14) وبأنه " المحكمة إذ تلجأ إلى أرباب الخبرة تكلفهم بحث عمل من الأعمال وإبداء رأيه فيه وتصرح لهم بسماع شهود ، فإنما معولها الأول يكون على البحث الشخصى الذى يقوم به الخبير ليصل فيه بحسب استعداده وكفاءته الخاصة إلى استخراج الحقيقة التى يستعين القاضى به على كشفها ، وأما سماعه الشهود فليس لذاته مقصورا للقاضى ، وإنما هو أمر يحصل من باب إعانة الخبير على القيام ببحثه الشخصى الذى قد يصادف أمورا ثانوية لا يستطيع استخراج حقائقها من مجرد الماديات التى يعالج بحثها فيضطر إلى التحرى عما تعينه صدور الناس من معلومات ليثبت الحقيقية التى يظنها الواقعية أو ليرجح بين حقيقة وأخرى ما تفيده إياه الماديات ، ومعمولة فى كل حال إنما يكون على الماديات التى يبحثها بشخصه ، كما أن معول القضاء لا يكون إلا على البحث الشخصى الذى يجريه الخبير

، فإذا كلف الخبير بتصفية الحساب بين طرفى الدعوى بعد معاينة الأطيان وتقدير ريعها ، فاقتصر الخبير على سماع شهود من بينهم رجال قال انه كان من العمال المباشرين للزراعة (خولى) وبنى تقديره ريع الأطيان على مجرد قول هذا العامل واثبت هذا التقدير فى محاضر أعماله وتقريره ، دون ان يعاين بنفسه الأطيان ويتعرف معدن أجزائها ويقدر لكل جزء الأجر الذى يناسبه بحسب مشاهدته ومعرفته الشخصية فلا يمكن الاعتداد بتقرير هذا الخبير كوكيل فى الدعوى والحكم الذى بنى فى جوهره على هذا التقدير يكون قد بنى على دليل غير قائم فى الواقع ويعتبر خاليا من الأسباب الموضوعية ويتعين نفضه " (الطعن رقك 38 سنة 4ق جلسة 1935/3/31)

كما قضت بأنه " إذا ندبت المحكمة ثلاثة خبراء وفقا للمادة 223 من قانون المرافعات وجب أن يشتركوا جميعا لا فى الأعمال التى تقتضيها المأمورية المعهود إليهم بها فحسب ، بل أيضا فى المداولة وتكوين الرأى ، وعلى ذلك فإن إذا أنفرد خبيران بالمداولة ووضعا التقرير وامتنع ثالثهما عن الاشتراك معهما كان التقرير المقدم منهما باطلا وامتنع على المحكمة الأخذ به ، ولا يجدى فى جواز الاعتماد على التقرير الباطل بأن الأمر مرده إلى المحكمة التى لها الرأى الأعلى فى تقدير نتيجة بحوث الخبراء فى المسائل المتنازع عليها ، إذ أن سلطة المحكمة فى تقدير آراء الخبراء محلهما أن تكون هذه الآراء قدمت لها فى تقرير صحيح " (الطعن رقم 87 سنة 15ق – جلسة 1946/10/31) وبـأنه أخذ المحكمة بتقرير الخبير يفيد بذاته أنها لم تعبأ بما يكون قد وجه إليه من مطاعن " (الطعن رقم 65 سنة 10ق – جلسة 1941/2/13) وبأنه " وإن كان لمحكمة الموضوع أن تحيل فى بيان أسباب حكمها إلى ما جاء فى تقرير الخبير فى الدعوى ، فإن حكمها يكون معيبا إذا كان ما جاء فى التقرير يناقض بعضه بعضا بحيث لا يمكن أن يقام الحكم عليه " (الطعن رقم 67 سنة 6ق – جلسة 1936/12/3) وبأنه " مادام المقصود من دعوى الخصوم للحضور أمام الخبير هو تمكينهم من الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم أثناء مباشرته العمل فى قضيتهم فينبغى ألا تصح الدعوى – إذا تعدد الممثلون لخصم ما- إلا لهم جميعا أو لمن يكون منهم متمكنا من الإدلاء بدفاعه ، فإن ترك الخبير دعوى المتمكن ودعا غيره ولم يستطيع كلاهما الحضور ترتب على ذلك الإخلال بحق الدفاع وكانت أعمال الخبير باطلة وتقريره باطلا كذلك ، فإذا كان لوقف ما ناظر عزلته المحكمة الابتدائية الشرعية

ثم حكمت هيئة التصرفات الشرعية أثناء قيام دعوى عزله أمام المحكمة العليا الشرعية بضم ناظر مؤقت له ، وأذنته فى الانفراد ، ونفذ هذا الناظر حكم ضمه وإذنه فى الانفراد جبرا على الناظر المعزول وتسلم منه أعيان الوقف ومستنداته فإن هذا الناظر الماذون فى الانفراد يصبح هو الذى ينبغى إخطاره بالحضور أمام الخبير فى قضايا الوقف فإن كان الناظر المضموم المأذون له فى الانفراد كانت أعمال الخبير التى باشرها أثناء ذلك باطلة " (الطعن رقم 35 سنة 1ق - جلسة 1932/5/26) وبأنه " المادة 227 من قانون المرافعات وإن أوجبت على الخبير دعوى الخصوم للحضور أمامه حسب القانون بغير أن ترتب جزاء ما ، لا على عدم قيامه بإجراء هذه الدعوى أصلا ولا على إجراء الدعوى بأى وسيلة أخرى غير الإعلان على يد محضر انه تنبغى التفرقة بين مخالفة حكم هذه المادة بعدم إجراء أية دعوى ما للخصوم ، وبين مخالفتها بدعوتهم للحضور بورقة أخرى غير ورقة التكليف على يد محضر ، وذلك لان مطلق الدعوى للخصوم أيا كانت وسيلتها هو إجراء جوهرى قصد منه تمكين طرفى الخصومة من الحضور أمام الخبير والدفاع عن مصالحهم عند قيامه بما عهد إليه من الإجراءات اللازمة لتنوير الدعوى أما حصول هذه الدعوى بورقة من أوراق المحضرين فهو إجراء خادم للإجراء الأول مقصود منه الاستيثاق من حصول هذه الدعوى بدليل يقينى ، ومقتضى هذه التفرقة أن يكون الجزاء على عدم حصول دعوى ما للخصوم هو بطلان أعمال الخبير حتما لما يترتب على ذلك من الإخلال بحق الدفاع الواجب صيانته فى جميع مراحل الدعوى ، أما حصول الدعوى بغير ورقة التكليف على يد محضر فلا يقتضى البطلان إلا إذا لم يطمئن قاضى الموضوع إلى أن الدعوى بهذه الوسيلة بلغت محلها الواجب إبلاغها إليه " (الطعن رقم 35 سنة 51ق جلسة 1932/5/26) وبأنه " الدفع ببطلان علم الخبير المعين فى الدعوى لمباشرته عمل فيها قبل إعلان الحكم الصادر بندبه للمدعى عليه ، مع كونه حكما غيابيا ، ولعدم توجيه دعوى صحيحة الى هذا المدعى عليه ليحضر أمامه فى اليوم الذى حدده لمباشرة العمل ولعدم تقديمه تقريره فى الوقت اللائق - هذا الدفع ليس من قبيل الحجج التى يدلى بها الخصوم ولا تكون المحكمة ملزمة حتما بذكرها والرد عليها فى حكمها بل هو من الدفوع التى يترتب على الأخذ بها أو رفضها بطلان عمل الخبير او صحته فلا يجوز للمحكمة إغفال الرد عليه مع أخذها فى حكمها برأى الخبير ، بل من الواجب عليها تحقيقا للغرض الذى يرمى إليه قانون المرافعات فى المادة 103 منه - أن تبين فى حكمها الأسباب التى استندت إليه فى رفض هذا الدفع بيانا كافيا ، فإن هى لم تفعل كان حكمها باطلا بطلانا جوهريا " (الطعن رقم 61 سنة 2ق - جلسة 1932/12/1)

ومن أحكامها كذلك أنه " عدم مراعاة الخبير الإجراءات المنصوص عليها فى المادة 227 من قانون المرافعات لا تستوجب حتما بطلان تقريره ، لأن المادة المذكورة ليس فيها نص على البطلان ، غير انه إذا ترتب على عدم تكليف الخصوم بالحضور أمام الخبير إخلال بحق دفاعهم لعدم تمكنهم من إبداء ما يعن لهم من الملاحظات والطلبات فى سبيل صيانة مصالحهم ، فإن ذلك يكون سببا موجبا لبطلان تقرير الخبير وما لم يتوافر ذلك فى الدعوى فلا وجه للدفع ببطلان التقرير " (الطعن رقم 90 سنة 13ق جلسة 1944/4/6) وبأنه " المادة 226 من قانون المرافعات قد أوجبت على الخبير دعوى الخصوم إلى الاجتماع الأول الذى يعينه للشروع فى العمل ، وهذا إجراء جوهرى لابد من حصوله لتمكين الخصوم من حضور عمل الخبير والدفاع عن مصلحتهم عند قيامه بما عهدت إليه المحكمة تنويرا لها فإغفاله يكون جزاءه بطلان عمل الخبير لإخلاله بحق الدفاع الواجبة صيانته فى جميع مراجل الدعوى ، ولكن لما كان مناط هذا البطلان هو وقوع الإخلال بحق الخصوم فى الدفاع فإنه يرتفع بحضورهم عمل الخبير فيما يعد وتمكنهم عن الدفاع عن مصلحتهم وإبداء ملاحظاتهم وطلباتهم ، ثم المستفاد من هذه المادة 227 والتى تليها أن تكليف الخبير الخصوم بحضور الاجتماع الأول يكفى طوال مدة المأمورية مادام العمل فيها مستمرا لم ينقطع ، وعليهم هم أن يتتبعوا سير العمل ، وفى هذه الحالة يكون للخبير أن يباشر عمله ولو فى غيبته " (الطعن رقم 105 سنة15ق جلسة 1946/11/21) وبأنه " إذا كان المستأنف عليه قد طلبا اصليا تأييد الحكم المستأنف واحتياطيا اعتماد تقرير الخبير المعين فى الدعوى ، ثم قدم مذكرة طعن فيها على أعمال الخبير ونسب إليه انه خرج عن مأموريته المبينة فى الحكم التمهيدى ، وأبان تفصيلا أوجه خروجه عنها ، ثم انتهى إلى طلب استبعاده وتأييد الحكم المستأنف فليس يكفى للرد على ما جاء بهذه المذكرة من المطاعن التى لو صحت لكان لها أثرها فى التقرير ثم فى مصير الدعوى ، أن تقول المحكمة أنها تبينت من الإطلاع على هذا التقرير دون أن تعرض للمطاعن الموجهة إليه وتقول فيا كلمتها بل يكون حكمها معيبا فى تسبيبه متعينا نقضه " (الطعن رقم 77 سنة 12ق – جلسة 1943/4/22) وبأنه " إذا باشر الخبير أعماله فى غيبة احد الخصوم فى الدعوى دون إعلانه فإن عمله يكون باطلا حتما ، وإذا هو لم يقم ببعض ما ندب لأدائه فإن العمل الذى يقوم به لا يكون باطلا . وللقاضى أن يعيد المأمورية إليه ليتمم ما فاته منها إن كان ذلك لازما للحكم فى الدعوى

وإلا فصل فيها على أساس ما قام به الخبير من الأعمال متى وجده كافيا لتنويره وتكوين رأيه ، وعلى كل حال فهذا أمر موضوعى لا شأن لمحكمة النقض به ولا رقابة عليه " (الطعن رقم 18 سنة 7ق – جلسة 1937/10/28) وبأنه " الطعن فى أهلية خبير لا يقبل مادام انه لا يشتمل على عيب معين لحق بتقريره الذى اطمأنت إليه المحكمة " (الطعن رقم 198 سنة 19ق – جلسة 1951/12/20) وبأنه " إذا كانت محكمة النقض قد قضت ببطلان تقرير الخبير المعين فى الدعوى بناء على انه قدر ريع الأطيان دون أن يعاينها فإن هذا لا يمنع محكمة الموضوع ، عند نظر الدعوى من جديد من الاستناد إلى ما أثبته هذا الخبير فى محاضر أعماله متعلقا بأوراق الخصوم وما رآه فى أمر آخر لم يكن تقريره معيبا فيه وهو تعيين مساحة الأطيان وخصوصا إذا كان الحكم يستقيم فى ذلك على أسباب أخرى كافية ومنتجة ولم تكن إشارته إلى رأى الخبير إلا من باب التزيد " (الطعن رقم 106 سنة 13ق – جلسة 1944/12/28) وبأنه " القول بأن حق الخصم فى الطعن فى التقرير قد سقط إذ انه لما قدرت أتعاب الخبير وعارض هو فى التقدير لم يطلب فى معارضته حرمان الخبير من الأتعاب لبطلان تقريره بل طلب الاكتفاء بما سبق تقديره له وهذا منه قبول للتقدير يتجافى مع قوله ببطلان أعمال الخبير ذلك غير سديد لأنه لم يكن فى وسع المدعى أن يطلب إلى المحكمة حرمان الخبير من أتعابه لبطلان تقريره فى حين أنها قد أخذت به مما لا يصح معه أن يعتبر عدم تمسكه ببطلان التقرير فى دعوى المعارضة مسقطا لحقه فى الطعن عليه " (الطعن رقم 123 سنة 14ق جلسة 1945/4/12) وبأنه " إذا لأحد خصوم الدعوى اعتراض على أعمال الخبير فعليه أن يثبت هذا الاعتراض عند مباشرة الخبير عمله ، فإذا فاته ذلك فعليه أن يبدى اعتراضاته لدى محكمة الموضوع ، فإن فاته ذلك أيضا فطعنه على تلك الأعمال أمام محكمة النقض يكون سببا جديدا لا يلتفت إليه " (الطعن رقم 101 سنة 5ق – جلسة 1936/5/14) وبأنه " إذا كان كل ما أثاره الطاعن فى صدد بطلان عمل الخبير هو قوله :" من العدالة ان يكون تقدير الريع متناسبا مع هذه القيمة بدون التفات لأعمال الخبير الباطلة الذى باشر عمله فى غياب المستأنفة بدون أن يعلنها بيوم مباشرة عمله " فهذا لا يكون دفعا بالبطلان صريحا معيبا مما لا تكون المحكمة ملزمة بالرد عليه ومناقشة أسبابه " (الطعن رقم 95 سنة 17ق جلسة 1948/12/9) وبأنه " متى كان ما يثيره الطاعن من بطلان عمل الخبير لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع ، فإنه يعتبر سببا جديدا لا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض (الطعن رقم 240 سنة 32ق – جلسة 1966/4/7 س17 ع2 ص834)

وبأنه " إذا كان الثابت أن الطاعن قد حضر أمام محكمة الاستئناف بالجلسة التالية لصدور الحكم بندب الخبير ولم يثير أمام محكمة الموضوع البطلان الذى يدعيه لعدم إعلانه بهذا الحكم فإنه لا يقبل منه التحدى بهذا البطلان لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم 166 سنة 32ق - جلسة 1966/3/24 س17 ع2 ص701) وبأنه " متى كان الثابت أن الطاعن قد ترافع - أمام محكمة الموضوع - فى موضوع التزوير ولم يبد اعتراضا ما على تقرير خبير تحقيق الشخصية . ولم يطلب استكمال دفاعه فى مذكرة فإن النعى على تلك المحكمة بأنها أخلت بحق الطاعن فى الدفاع يكون غير صحيح " (الطعن رقم 335 سنة 33ق - جلسة 1967/3/30 س18 ع2ص751)

كما قضت بأنه " لمحكمة الموضوع إذا اقتنعت بما جاء فى تقرير الخبير ورأت انه يتضمن الرد على مزاعم الخصوم وأخذت به أن تكتفى بمجرد الإحالة إليه فى أسباب حكمها ويصبح هذا التقرير جزاءا متما للحكم معه مسببا تسبيبا كافيا ، وليس على المحكمة أن ترد على المطعون الموجهة إلى التقرير بأسباب خاصة إذ أن فى أخذها بما ورد فيه دليل كاف على أنها لم تجد فى تلك الطعون ما يستحق التفاتها إليها " (الطعن رقم 369 سنة 32ق جلسة 1968/5/14 س19 ع2ص934) وبأنه " متى كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع ببطلان تقرير الخبير لقصوره أسبابه وفساد استدلاله بل انتهى فى مذكرته المقدمة لمحكمة أول درجة إلى أن الخبير قد أصاب الحقيقية فيما قرره ، فإن النعى يكون سببا جديدا لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النفض " (الطعن رقم 483 سنة 35ق - جلسة 1970/1/15 س21 ع1ص119) وبأنه " عدم التمسك ببطلان عمل الخبير أمام محكمة الموضوع يعد سببا جديدا لا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم 434 سنة 50 ق جلسة 1985/5/27 س36 ص822) وبأنه " متى كان الثابت من مطالعة أعمال الخبير انه اتبع إجراءات دعوى الخصوم التى نصت عليها المادة 236 من قانون المرافعات ، فإن الإجراءات التى تتلو هذه الدعوى لا يلحقها البطلان إلا إذا شابها عيب جوهرى ترتب عليه ضرر للخم وذلك على ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة 25 من قانون المرافعات ، فإذا كان الطاعنون لم يبينوا وجه الضرر الذى لحقهم من تقديم المطعون ضده للخبير مستندا فى غيبتهم وكانوا قد علموا بتقديمه من إطلاعهم على تقرير الخبير الذى استند إليه

وكان فى استطاعتهم أن يناقشوا هذا المستند أمام المحكمة بعد أن أودعه الخبير ملف الدعوى مع تقريره فإن ادعائهم ببطلان عمل الخبير لقبوله هذا المستند يكون على غير أساس " (الطعن رقم 213 سنة 33ق – جلسة 1967/4/13 س18 ع2ص813) وبأنه " ولئن كان للمحكمة أن تستقى من تقرير باطل المعلومات التى يتبين لها صحتها إلا أن ذلك مشروط بان لا يكون قضاؤها مؤسسا أصلا على هذه المعلومات وحدها وإلا يكون هذا التقرير الباطل هو الأساس الوحيد الذى بنى عليه حكمها بل يتعين أن يكون التقرير الذى تستند إليه دليلا سليما لا يشوبه بطلان ، لا يقدح فى ذلك أن الأمر فى عمل الخبراء مرده إلى المحكمة التى لها الرأى الأعلى فى تقدير نتيجة عملهم وبحوثهم فى المسائل المتنازع عليها ، إذ أن سلطة المحكمة فى تقدير آراء الخبراء محلهم أن تكون هذه الآراء قد قدمت لها فى تقرير صحيح ، لا فى تقرير باطل مناف للمقصود من تعيين ثلاثة خبراء " (الطعن رقم 506 سنة 62ق – جلسة 1994/4/10) وبأنه " المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن رأى الخبير المنتدب فى الدعوى لا يخرج عن كونه عنصرا من عناصر الإثبات لمحكمة الموضوع تقديره دون معقب عليها فى ذلك فلها أن تأخذ به كله أو بعض ما جاء به وتطرح بعضه إذ هى لا تقتضى إلا على أساس ما تطمئن إليه منه ، وبأن مناط بطلان تقرير الخبير هو أن يكون قد شاب إجراءاته عيب جوهرى ترتب عليه ضرر للخصم " (الطعن رقم 2469 سنة 57ق جلسة 1998/5/16 س42 ص1129) وبأنه " جعلت المادة 1/236 من قانون المرافعات دعوة الخبير للخصوم تتم بكتاب موصى عليها ترسل إليها قبل التاريخ المحدد لبدء العمل بسبعة أيام على اقل يخبرهم فيها بمكان أول اجتماع ويومه وساعته ، وإذ رسم القانون شكلا معينا للإجراء المطلوب واعتد الحكم بهذا الشكل ، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون " (الطعن رقم 31 سنة 32ق – جلسة 1966/10/25 س17 ع7 ص1564) وبأنه " إذا لم يثر الطاعن أمام محكمة الموضوع بطلان عمل الخبير لعدم دعوته إياه ، فإنه لا قبل منه التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم 33 سنة 33ق جلسة 1967/5/11 س18 ع3 ص956) وبأنه " أوجبت المادة 236 من قانون المرافعات على الخبير أن يحدد لبدأ عمله تاريخا معينا وان يدعو الخصوم قبل هذا التاريخ بإجراءات ومواعيد حددتها تلك المادة ثم رتبت الفقرة الأخيرة من هذه المادة على عدم دعوه الخصوم بطلان عمل الخبير ، وإذ كان هذا البطلان منصوصا عليه بلفظه على النحو الوارد بتلك المادة

فإن الحكم به يكون وجوبيا كلما قام موجبه دون بحث فيما إذا كان قد تربت أو لم يترتب على إغفال الإجراء ضرر بالتمسك بالبطلان وذلك اعتبارا بان المشرع عندما نص عليه قد قدر أهمية الإجراء وافترض ترتب الضرر على مخالفته " (الطعن رقم 225 سنة 31ق جلسة 1966/1/13 - س17ع 1 ص133) وبأنه " مفهوم المادتين 236 - 237 من قانون المرافعات أن بالبطلان لا يترتب إلا على عدم دعوه الخصوم للحضور فى الاجتماع الأول الذى يحدده الخبير للبدء فى أعماله وانه متى قام الخبير بإخطار الخصوم بمكان أول اجتماع ويومه وساعته فإنه لا يكون عليه بعد ذلك أن يدعوهم الحضور فى الاجتماعات التالية التى يحددها لاستكمال أعماله مادام العمل فيها مستمرا ولم ينقطع ، أما إذا كان الخبير قد انهى عمله ثم تراءى له أن يستأنفه مرة أخرى فإنه يجب عليه فى هذه الحالة أن يدعو الخصوم للحضور فى اليوم الذى يحدده ، لان استئناف العمل بعد انقطاعه وعلم الخصوم بهذا الانقطاع يعد بمثابة بدء له من جديد وتتحقق به العلة من الدعوة وهى تمكين الخصوم من الدفاع عن مصلحتهم ، ويترتب على عدم توجيه هذه الدعوة بطلان علم الخبير عملا بالمادة 236 من قانون المرافعات " (الطعن رقم 25 سنة 35ق - جلسة 1969/2/6 س20ع1 ص285 ، الطعن رقم 361 سنة 39ق - جلسة 1975/4/7 س26 ص755) وبأنه " المستفاد مما نصت عليه المادتان 236 ، 237 من قانون المرافعات وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض أن تكليف الخبير الخصوم بخصوص الاجتماع الأول يكفى طوال مدة المأمورية مادام العمل فيها مستمرا لم ينقطع وعليهم أن يتتبعوا سير العمل وفى هذه الحالة يكون للخبير أن يباشر عمله ولو فى غيبتهم " (الطعن رقم 369 سنة 32ق - جلسة 1968/5/14 س19 ع2 ص924) وبأنه" البطلان المنصوص عليه فى المادة 236 من قانون المرافعات هو بطلان لا يتعلق بالنظام العام وإنما هو بطلان نسبى فلا يفيد منه إلا الخصوم الذى تقرر لمصلحته ، ومن ثم فليس للطاعن ان يتمسك بالبطلان الناشئ عن عدم دعوه الخبير لخصمه " (الطعن رقم 455 سنة 35 ق - جلسة 1969/12/4 س20 ع3 ص1258) وبأنه " متى كان الخبير قد اتبع إجراءات دعوه الخصم التى نصت عليها المادة 236 من قانون المرافعات السابق- الذى رفعت الدعوى وتمت مباشرة المأمورية فى ظله - وثبت حضور الطاعن بوكيل عنه أمام الخبير فإن الإجراءات التى تلوا هذه الدعوة لا يلحقها البطلان إلا إذا شابها عيب جوهرى ترتب عليه ضرر للخصم .

لما كان ذلك فإن ادعاء الطاعن ببطلان أعمال الخبير لمباشرة المأمورية فى غيبته بعد سفره إلى الخارج دون بيان وجه الضرر الذى أصابه يكون على غير أساس " (الطعن رقم 714 سنة 40ق جلسة 1975/12/22 س26 ص1640) وبأنه " توجب المادة 146 من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 على الخبير ان يحدد لبدء عمله تاريخ معين وان يدعو الخصوم قبل هذا التاريخ بإجراءات ومواعيد حددتها ، ورتبت على إغفال الدعوة بطلان عمل الخبير ، وإذ كان الثابت من محاضر أعمال الخبير المقدمة صورتها الرسمية من المطعون عليه انه اخطر طرفى النزاع بالحضور أمامه لأول مرة بخطابات موصى عليها ، وكان البين من مذكرتى الطاعنة أمام محكمة الموضوع – والمقدمة ضمن مستنداتها – أنها لم تحدد دعوه الخبير إياها للحضور أمامه وإنما نسبت إليه انه لم يخطرها باليوم المحدد لانتقاله إلى البطريركية ، وكان المستفاد من المادتين 146 ، 147 من قانون الإثبات أن تكليف الخبير الخصوم بحضور الاجتماع الأول يكفى طوال مدة المأمورية طالما العمل فيها مستمرا، إذ عليهم أن يتتبعوا سير العمل ويكون للخبير مباشرة عمله ولو فى غيبتهم ، فإنه لا تثريب على الخبير إذا هو أتم مأموريته فى غيبة الطاعنة ، ويكون النعى ببطلان تقريره على غير أساس " (الطعن رقم 14 سنة 44ق "أحوال شخصية " جلسة 1976/2/11 س27 ص438) وبأنه " الأصل فى الإجراءات أنها روعيت وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أن الثابت بمحضر أعمال الخبير انه اخطر الطرفين بالجلسة المحددة بإخطارات موصى عليها وكان الشارع لم يوجب على الخبير إرفاق إيصال الخطاب الموصى عليه ، وكان إغفال إرفاق هذا الإيصال لا ينفى واقعة الإخطار فى ذاتها فان الحكم المطعون فيه إذ رفض الدفع ببطلان أعمال الخبير يكون قد التزم صحيح القانون " (الطعن رقم 660 سنة 41ق جلسة 1976/6/7 س27 ص1285 ، الطعن رقم 98 سنة 53ق جلسة 1986/12/7)

كما قضت بأنه " الأصل فى الإجراءات أنها روعيت . وإذا كان يبنى من الحكم المطعون فيه أن الثابت من تقارير مكتب الخبراء المقدمة أمام محكمة الدرجة الأولى ومحاضر أعمالها ، أن الطاعن قد وجهت إليه الدعوى للحضور بكتب مسجلة عدة مرات طبقا لأحكام القانون فلم يحضر ، وكان المشرع لم يوج على الخبير إرفاق إيصال الخطاب الموصى عليه ، وكان إغفال إرفاق هذا الإيصال لا ينفى واقعة الإخطار ذاتها ، وكانت أوراق الدعوى قد خلت مما يفيد عدم وصول ذلك الإخطار إليه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض الدفع ببطلان أعمال الخبير لما تقدم يكون قد التزم صحيح القانون " (الطعن رقم 738 سنة 45ق جلسة 1980/1/22 س 31 ص240 ، الطعن رقم 1339 سنة 47ق - جلسة 1980/4/21 س31 ص1173) وبأنه " الأصل فى الإجراءات الصحيحة ، وإذ كان الثابت من مدونات أعمال تقرير الخبير - المرفق صورتها بملف الطعن - انه قام بإخطار الطاعنة أمامه للحضور أمامه لمباشرة المأمورية وذلك بموجب خطابات مسجلة ، وكان الخبير غير ملزم بإرفاق صور هذه الإخطارات ، فإن نعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه بالبطلان بمقولة أنها تمسكت أمام محكمة الاستئناف بالدفع ببطلان أعمال الخبير لعدم دعوتها للحضور أمامه قبل مباشرة المأمورية يكون فى غير محله" (الطعن رقم 731سنة 50ق جلسة 1981/5/5 س32 ص1382 ، الطعن رقم 98 سنة 53ق - جلسة 1986/12/7) وبأنه " لما كان التحقق من إخطار الخبير ببدء عمله ونفى ذلك من الأمور الواقعية التى تستقل بها محكمة الموضوع بلا سلطان عليها لأحد فى ذلك مادامت تستند فيما تقرره إلى أسباب سائغة ترتد إلى اصل ، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص سائغا بما أورده من أسباب لها موردها الصحيح من الأوراق أن الخبير المنتدب قد وجه الدعوة الى الطاعن إيذانا ببدء عمله طبقا للإجراءات المنصوص عليها قانونا ، وكان صحيحا ما قرره من إغفال الخبير إرفاق إيصال الكتاب المسجل المرسل إلى الخصم لا ينفى واقعة الإخطار ذاتها ذلك أن المشرع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لم يوجب على الخبير إرفاق هذا الإيصال فمن ثم يكون تقرير الخبير بمنأى عن البطلان ، ويكون النعى بهذا السبب على الحكم المطعون فيه تبعا لذلك على غير أساس " (الطعن رقم 863 سنة 53ق - جلسة 1990/2/22) وبأنه " المستفاد مما نصت عليه المادتان 146 ، 147 من قانون الإثبات -

وعلى ما جرة به قضاء هذه المحكمة - أن تكليف الخبير الخصوم بحضور الاجتماع الأول يكفى طوال مدة المأمورية ، مادام العمل مستمرا لم ينقطع وعليهم هم أن يتتبعوا سير العمل ، وفى هذه الحالة يكون للخبير أن يباشر عمله فى غيبتهم " (الطعن رقم 469 سنة 44ق 1979/1/4 س30 ع1 ص110) وبأنه " من المقرر قانونا بنص المادتين 146 ، 147 من قانون الإثبات انه يتعين على الخبير أن يدعو الخصوم بكتب مسجلة يخبرهم فيها بمكان أول اجتماع ويومه وساعته على عدم دعوى الخصوم ، بطلان عمل الخبير ، وانه يجب على الخبير أن يباشر أعماله ولو فى غيبة الخصوم متى كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح " (الطعن رقم 906 سنة 46ق جلسة 1979/4/26 س30 ع2 ص207)

البطلان المتعلق بمحضر الجلسة :

محضر الجلسة يعتبر ورقة رسمية وفق نص المادة 10 من قانون الإثبات وما اثبت فيه حجة على الكافة فلا يجوز للطاعنة أن تذكر ما جاء به إلا بالطعن عليه بالتزوير طبقا لنص المادة 11 من ذات القانون . (الطعن رقم 15 سنة 43ق جلسة 1977/4/20 س28 ص1000)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذ لم ينص القانون على البطلان جزاء لعدم توقيع رئيس الدائرة على محضر الجلسة ولم يتبين الطاعن وجه مصلحته فى التمسك به ، فإن النعى على الحكم بهذا السبب يكون على غير أساس " (الطعن رقم 68 سنة 36ق جلسة 1970/4/30 س21 ع2 ص763) وبأنه " المادة 93 من قانون الإثبات وإن نصت على أن " يشتمل محضر التحقيق على البيانات الآتية - يوم التحقيق ومكان وساعة بدئه وانتهائه .. إلا أنها لم ترتب البطلان جزاء على عدم إثبات إحدى هذه البيانات وكان إغفالها لا يؤدى إلى تخلف غاية معينة إذ هى لا تعدو أن تكون فى حقيقتها بيانات تنظيمية ، فإن خلو محضر التحقيق الذى أجرته المحكمة منها لا يرتب البطلان " (الطعن رقم 1065 سنة 49ق جلسة 1990/5/10 س31 ص1325)

البطلان المتعلق بعدم تدخل النيابة العامة :

لقد أوجب المشرع بالمادة 99 مرافعات على النيابة العامة أن تتدخل فى كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية ، كما أوجب بالمادة 349 مرافعات على المحكمة أن تبين فى حكمها ضمن ما أوجبه من بيانات اسم عضو النيابة الذى أبدى فى القضية ورأى النيابة ، ورتب البطلان على مخالفة كل من النصين وهو بطلان مطلق متعلق بالنظام العام يجوز الدفع به فى أية مرحلة كانت عليها الدعوى ، ولمحكمة النقض أن تثيره من تلقاء نفسها ، يستوى فى ذلك أن تكون الدعوى رفعت أصلا باعتبارها من دعاوى الأحوال الشخصية أو أن تكون قد رفعت بوصفها دعوى مدنية وأثيرت فيها مسالة أولية متعلقة بالأحوال الشخصية . (الطعن رقم 36 سنة 30ق – جلسة 1964/12/3 س15 ص1127 ، الطعن رقم 36 سنة 35ق – جلسة 1968/3/6 س19 ع3 ص522)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا اقتصر رأى النيابة العامة على أن طلبات المدعى غير مقبولة ورأت المحكمة غير ذلك وسارت فى الدعوى ، فلا عليها إن هى لم تعدها إلى النيابة لإبداء رأى جديد ، والقول بان النيابة لم تكن آخر من تكلم ليس من شانها إبطال الحكم إذ أن البطلان هنا لا يكون إلا إذا طلبت النيابة العامة الكلمة الأخيرة وحيل بينها وبين ما أرادت " (الطعن رقم 18 سنة 30ق جلسة 1964/4/15 س15 ص550) وبأنه " تدخل النيابة فى القضايا الخاصة بالقصر إنما يكون لرعاية مصلحة القصر مما ينبنى عليه وان التمسك بالبطلان على فرض وجوده مقصور على أصحاب المصلحة فيه فلا يجوز لغير القصر من الخصوم التحدى بعدم اختبار كاتب المحكمة الابتدائية النيابة بقيام الدعوى " (الطعن رقم 206 سنة 29ق – جلسة 1964/6/17 س15 ص836) وبأنه " أجاز المشرع بمقتضى المادة 100 من قانون المرافعات أن تتدخل النيابة العامة أمام محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية فى قضايا حددها من بينها القضايا الخاصة بالقصر ، وأوجب فى المادة 102 من هذا القانون على كتاب المحكمة إخبار النيابة فى هذه الحالات بمجرد قيد الدعوى فى هذه الحالات حتى تتاح لها فرصة العلن بالنزاع وتقدير مدى الحاجة إلى تدخلها وإبداء رأيها فيه وذلك تحقيق لمصلحة استهدفها المشرع

وأفصح عنها فى المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات " أن هذه المنازعات تمس مصالح جديرة بحماية خاصة من جانب المشرع ، فالاستغناء عن سماع رأى النيابة فى هذه الأحوال يحرم القضاء من عون ضروري أو مفيد " الأمر الذى يكون معه إخبار النيابة بهذه الدعاوى أمام المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف إجراء جوهريا يترتب على إغفاله بطلان الحكم ، ولا يغير من ذلك أن للنيابة بعد إخبارها بالدعوى أن تترخص فى التدخل ، إذ فى عدم إخبارها تفويت الفرصة عليها للعمل بالنزاع ومنعها من استعمال حقها فى تقدير موجب التدخل وحرمان القصر – إذا ما رأت تتدخل – من ضمان مقرر لمصلحتهم هو ان تبدى النيابة رأيها فى النزاع – مما قد وجه الرأى فى الدعوى ، فمتى كان مورث الطاعنين قد توفى أثناء سير الدعوى دون أن يتم إخبار النيابة العامة حتى تتدخل فيها ، وإذا استأنف القصر هذا الحكم وتمسكوا أمام محكمة الاستئناف بالبطلان المقرر لمصلحتهم لعدم اتخاذ هذا الإجراء ، أصدرت المحكمة مع ذلك حكمها دون أن يتم إخبار النيابة بقيام الدعوى ، فإن الحكمي كون قد وقع باطلا بالنسبة للقصر من الطاعنين" (الطعن رقم 300 سنة 33ق جلسة 1967/2/28 س18 ع1ص509) وبأنه " إذ كان هدف الشارع من تدخل النيابة فى القضايا الخاصة بالقصر إنما هو رعاية مصلحتهم فإن البطلان المترتب على إغفال كاتب المحكمة إخبار النيابة بهذه القضايا يكون بطلانا نسبيا مقررا لمصلحة القصر ومن ثم يعين عليهم التمسك به أمام محكمة الموضوع فإذا فاتهم ذلك فلا يجوز لهم التحدى به أمام محكمة النقض "(الطعن رقم 310 سنة 31ق – جلسة 1967/5/25 س18 ع3 ص1102) وبأنه " وفقا للمادة 88 من القانون رقم 14 لسنة 1939 يتعين تمثيل النيابة العامة فى الدعاوى الناشئة عن تطبيق أحكامه ، وإغفال هذا الإجراء – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يترتب عليه بطلان الأحكام الصادرة فيها ، وهو بطلان متعلق بالنظام العام ، ويجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم 395 سنة 34ق جلسة 1972/5/17 س23 ع2 ص949) وبأنه " مفاد نص المادة 1/178 من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968 الذى صدر الحكم المطعون فيه فى ظله – أن بيان اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية ، ليس من البيانات الأساسية التى يترتب على إغفالها بطلان الحكم ، وذلك على خلاف ما كانت تقضى به المادة 349 من قانون المرافعات السابق ،

وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون بقولها " لم يرتب المشرع على عدم ذكر اسم عضو النيابة إلى أبدى رأيه فى القضية فى الحكم البطلان ، لان ذكر اسمه ليس بيانا أساسيا ،مادامت النيابة قد أبدت بالفعل رأيها فى مذكرتها ، وثبت ذلك فى الحكم ، وعلة ذلك هى التخفيف من حالات البطلان ، لما كان ذلك وكانت النيابة قد أبدت رأيها فى القضية واثبت ذلك فى الحكم ، فإن النعى عليه – لخلوه من بيان اسم عضو النيابة – يكون على غير أساس " (الطعن رقم 19 سنة 39ق " أحوال شخصية " جلسة 1973/4/25 س24 ع2ص677) وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة إن ذكر اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية ليس من البيانات الأساسية التى يترتب على إغفالها بطلان الحكم وفق المادة 178 من قانون المرافعات وكانت النيابة قد أبدت رأيها فى القضية أمام المحكمة الاستئنافية واثبت ذلك فى الحكم المطعون فيه فإن النعى يكون على غير أساس " (الطعن رقم 36 سنة 46ق " أحوال شخصية " جلسة 1978/1/25 س29 ص238)

كما قضت بأنه " لئن كان عدم إخبار النيابة العامة بالدعاوى الخاصة بالقصر إعمالا لنص المادة 92 من قانون المرافعات يعتبر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من الإجراءات الجوهرية التى يترتب على إغفالها بطلان الحكم ، إلا أن هذا البطلان نسبى فلا يجوز التمسك به إلا من أصحاب المصلحة فيه دون غيرهم من الخصم ، ويتعين عليهم التمسك به أمام محكمة الموضوع فلا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم 1646 سنة 50ق – جلسة 1981/4/11 س32 ص1097) وبأنه " إذ كان الثابت أن النيابة العامة لم تتدخل فى الدعوى الماثلة – متعلقة بوقف خيرى – لإبداء الرأى فيها صدر الحكم المطعون فيه ، فإن هذا الحكم يكون باطلا ، وإذ يتعلق هذا البطلان بالنظام العام فإن لمحكمة النقض أن تقضى به من تلقاء نفسها وعلى الرغم من عدم التمسك به فى صحيفة الطعن عملا بالحق المخول لها فى المادة 2/253 من قانون المرافعات " (الطعن رقم 359 سنة 44ق – جلسة 1977/11/30 س28 ص1729) وبأنه " إذ كانت الدعوى د رفعت بطلب الحكم بثبوت وصحة ونفاذ الوصية الصادرة للمطعون ضدها من مورث الطاعنة وكان الفصل فيها يتناول فضلا عن ثبوت صحة صدور الوصية من الموصى عليه مدى توافر انعقادها وشروط صحتها ونفاذها فى حق الورثة طبقا للأحكام المنصوص عليها فى قانون الوصية الصادر به القانون رقم 71 لسنة 1946

وهو ما كان يدخل فى اختصاص المحاكم الشرعية ، وكان الاختصاص بنظرها ينعقد – وفقا للقانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية – للمحكمة الابتدائية فإنها تكون من الدعاوى التى أوجب المشرع على النيابة العامة أن تتدخل فيها بموج نص المادة الأولى من القانون رقم 638 لسنة 1955 ببعض الإجراءات فى قضايا الأحوال الشخصية والوقف ، وإذ رتب المشرع على عدم تدخل النيابة العامة ، فى هذه الدعاوى بطلان الحكم وهو إجراء يتعلق بالنظام العام ، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن النيابة العامة لم تتدخل فى الدعوى إلى أن صدر فيها الحكم فإنه يقه باطلا " (الطعن رقم 33 سنة 49ق – جلسة 1981/5/26 س32 ص1618) وبأنه " متى كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن النيابة العامة ممثلة فى شخص وكيلها الأستاذ ...... قدمت مذكرة برأيها بتوقيعه وانتهت فى ختامها إلى إعادة القضية للمرافعة لضم تقرير استئناف ، ومسودة الحكم المستأنف وترجئ إبداء رأيها فى الموضوع حتى يتم ذلك " فإن هذا الذى أورده الحكم كاف لتحقيق غرض الشارع من وجوب تدخل النيابة العامة فى قضايا الأحوال الشخصية والوقف " (الطعن رقم 12 سنة 38ق – جلسة 1972/4/19 س23 ع2 ص730)

البطلان المتعلق بانقطاع سير الخصومة :

بطلان الإجراءات المترتب على انقطاع سير الخصومة ، بطلان نسبى قرره القانون لمصلحة من شرع الانقطاع لمحمايته تمكينا له من الدفاع عن حقوقه وهم خلفاء المتوفى ومن يقومون مقام من فقد أهليته أو زالت صفته فلا يحق لغيرهم أن يحتج بهذا البطلان . (الطعن رقم 229 سنة 31ق – جلسة 1966/2/24 س17 ع ص434)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " بطلان الإجراءات المترتب على انقطاع سير الخصومة هو بطلان نسبى قرره القانون لمصلحة من شرع الانقطاع لحمايته تمكينا له من الدفاع عن حقوقه وهم خلفاء المتوفى أو من يقومون مقام من فقد أهليته أو زالت صفته فلا يجوز لغيرهم ان يحتج بهذا البطلان " (الطعن رقم 5 سنة 33ق جلسة 1967/1/5 س18 ع1 ص92)

وبأنه " بطلان الإجراءات التى تتم بعد قيام سبب انقطاع سير الخصومة هو بطلان نسبى قرره القانون من شرع الانقطاع لحمايتهم حتى لا تتخذ هذه الإجراءات بغير علمهم ويصدر الحكم فى الدعوى فى غفلة منهم " (الطعن رقم 124 سنة 28ق - جلسة 1963/3/28 س14 ص417) وبأنه " مفاد نصوص المواد 299 مرافعات قديم ،294 من 297 مرافعات جديد أنه إذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة وتوافرت شروطه انقطعت الخصومة عند آخر إجراء حصل قبل قيام سبب الانقطاع ، ولا يجوز اتخاذ اى إجراء من إجراءات الخصومة فى فترة الانقطاع وقبل أن تستأنف الدعوى سيرها بالطريق الذى رسمه القانون ، وكل إجراء يتم فى تلك الفترة يقع باطلا بما فى ذلك الحكم الذى يصدر فى الدعوى إلا أن هذا البطلان نسبى قرره القانون لمصلحة من شرع الوقف أو الانقطاع لحمايته وهم خلفاء المتوفى أو من يقومون مقام من فقد أهليته أو تغيرت صفته " (الطعن رقم 360 سنة 22ق جلسة 1956/4/19 س7 ص528) وبأنه " البطلان المترتب على فقدان احد الخصوم صفته فى الدعوى - هو وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - بطلان نسبى مقرر لصالح من شرع انقطاع الخصومة بسببه لحمايته ، وهم خلفاء المتوفى او من يقوم مقام من فقد أهليته أو زالت صفته " (الطعن رقم 323 سنة 37ق جلسة 1972/5/9 س23 ع2 ص819 ، الطعن رقم 27 سنة 38ق جلسة 1973/3/20 س24 ع1 ص387) وبأنه " مفاد ما نصت عليه المادتان 294 ، 297 من قانون المرافعات أنه إذ قام سبب من أسباب انقطاع سير الخصومة وتوافرت شروطه انقطعت الخصومة عند آخر إجراء حصل قبل قيام سبب الانقطاع ، ولا يجوز اتخاذ اى إجراء من إجراءات الخصومة فى فترة الانقطاع وقبل أن تستأنف الدعوى سيرها بالطريق الذى رسمه القانون وان كل إجراء يتم فى تلك الفترة يقع باطلا بما فى ذلك الحكم الذى يصدر فى الدعوى إلا أن هذا البطلان - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - بطلان نسبى قرره القانون لمصلحة من شرع الانقطاع لحمايتهم وهم خلفاء المتوفى أو من يقومون مقام من فقد أهليته أو تغيرت صفته ، فمتى كان الطاعن نفسه يمثل الشركة أثناء نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة حتى صدر فيها الحكم ضدها ، فأقام بصفته ممثلا لها استئنافا عن ذلك الحكم وظل يباشر الاستئناف بصفته هذه حتى صدر الحكم فيه بتأييد الحكم الابتدائي وإذ سار الطاعن فى إجراءات الدعوى أثناء نظرها بعد حل الشركة وأجاب على هذه الإجراءات سواء فى أول درجة أم فى الاستئناف باعتبارها إجراءات صحيحة دون أن ينبه إلى صفته الجديدة ،

فإنه يكون بذلك قد أسقط حقه فى التمسك ببطلانها " (الطعن رقم 120 سنة 33ق جلسة 1967/1/17 س18 ع1 ص104) وبأنه " اختصام الطاعنة فى الاستئناف بوصفها وصية ، عزلها من الوصاية أثناء سير الدعوى ، عدم إعلانها بقيام الخصومة بعد صدور حكم النقض بوقف تنفيذ حم العزل . أثره . بطلان كل ما تم فى هذا الاستئناف من إجراءات بما فى ذلك الحكم المطعون فيه " (الطعن رقم 224 سنة 40ق – جلسة 1974/12/30 س25 ص1414) وبأنه " بطلان الإجراءات المترتبة على انقطاع سير الخصومة ، هو بطلان نسبى قرره القانون لمصلحة من شرع الانقطاع لحمايته تمكينا له من الدفاع عن حقوقه وهم خلفاء المتوفى أو من يقومون مقام من فقد أهليته أو زالت صفته ، فلا يحق لغيرهم أن احتج بهذا البطلان ، وإذ كان الثابت أن الطاعن وهو الذى شرع الانقطاع لحمايته قد حضر بالجلسة – بعد وفاة والده احد المستأنف عليهم – وقررت محكمة الاستئناف بهذه الجلسة حجز القضية للحكم وصرحت بتبادل المذكرات خلال شهر ، ومن ثم فقد انتفت مصلحته فى التمسك بالبطلان الذى يدعيه " (الطعن رقم 537 سنة 40ق جلسة 1975/11/18 س26 ص1414) وبأنه " اعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها فى الميعاد القانونى ترتب ذات الآثار الخاصة بسقوط الخصومة ، عدم سقوط الأحكام القطعية ولا الإجراءات السابقة على تلك الأحكام ما لم تكن باطلة فى ذاتها . المادتان 91 ، 301 من قانون المرافعات السابق .(الطعن رقم 431 سنة 41ق – جلسة 1975/12/22 س26 ص14646)

كما قضت بأنه " البطلان الناشئ عن عدم مراعاة أحكام المادة 133 من قانون المرافعات فيما أوجبته من إعلان تعجيل الخصومة بعد انقطاعها حتى تستأنف الدعوى سيرها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو بطلان نسبى قرره القانون لمن شرع الانقطاع لحمايتهم وهو ورثة المتوفى الذين لم يختصموا عند تعجيل الدعوى ، فلهولاء وحدهم التمسك بهذا البطلان " (الطعن رقم 89 سنة 41ق جلسة 1976/6/9 س27ص1307) وبأنه " بطلان الإجراءات التى تتم أثناء انقطاع سير الخصومة لوفاة احد الخصوم وفقا لنص المادة 132 مرافعات – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو بطلان نسبى قرره القانون لمصلحة من شرع الانقطاع لحمايتهم وهم خلفاء المتوفى تمكينا لهم من الدفاع عن حقوقهم وحتى لا تتخذ الإجراءات دون علمهم ويصدر الحكم فى الدعوى فى غفلة منهم " (الطعن رقم 31 سنة 42ق جلسة 1976/6/14 س27 ص1345) وبأنه " تنص الفقرة الأولى من المادة 130 من مرافعات على انه " ينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة احد الخصوم ...

إلا إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم فى موضوعها " وتنص المادة 131 من ذات القانون على أنه " تعتبر الدعوى مهيأة للحكم فى موضوعها متى كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية فى جلسة المرافعة قبل الوفاة .." وإذا كان الثابت من مطالعة الأوراق انه بالجلسة الأولى المحددة لنظر الاستئناف طلب الحاضران عن طرفى الخصومة حجز الدعوى للحكم مع التصريح بمذكرات فقررت المحكمة حجز الدعوى للحكم ومذكرات فى عشرة أيام ، وقبل انقضاء هذا الأجل تقدمت الشركة المطعون ضدها الأولى بمذكرة الى المحكمة أوردت بها أن المستأنف توفى فى ذات يوم جلسة المرافعة وطلبت الحكم بانقطاع سير الخصومة ، ولكن المحكمة قضت فى موضوع الدعوى ، وكان يبين من ذلك أن الخصوم لم يبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية فى جلسة المرافعة الشفوية وقبل الوفاة ، ولا يعد باب المرافعة مقفولا أمامهم بعد أن رخصت المحكمة لهم بتقديم مذكرات فى فترة حجز القضية للحكم إلا بانتهاء الأجل الذى حددته المحكمة لتقديم المذكرات خلاله ، وبذلك لا تكون الدعوى قد تهيأت للحكم فى موضوعها وتكون الخصومة فيها قد انقطع سيرها بقوة القانون كنتيجة حتمية للوفاة الحاصلة خلال ذلك الأجل " (الطعن رقم 481 سنة 41ق جلسة 1976/12/26 س27 ص1809) وبأنه " وإن كانت الإجراءات التى تتم فى فترة انقطاع سير الخصومة تقع باطلة إلا أن هذا البطلان – وعى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بطلان نسبى قرره القانون لمصلحة من شرع الانقطاع لحمايتهم وتمكينا لهم من الدفاع عن حقوقهم ويسقط بعدم التمسك به صراحة أو ضمنا وان كان التمسك بهذا البطلان يخالطه واقع فإنه لا جوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض إذ لم يسبق الطاعن التمسك به أمام محكمة الموضوع لما كان ذلك وكانت الطاعن لم تقدم ما يدل على تمسكها أمام محكمة الموضوع ببطلان الإجراءات التى تمت عقب زوال صفة ممثلها فإنه لا يقبل منها إثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام هذه المحكمة " (الطعن رقم 492 سنة 46ق جلسة 1978/5/8 س29 ص1185) وبأنه " انقطاع سير الخصومة ، مثول ورثة الخصم المتوفى أمام المحكمة يحقق الغاية من اختصامهم بصفتهم هذه ، لا محل للنعى ببطلان الحكم لعدم قضائه بانقطاع سير الخصومة " (الطعن رقم 654 سنة 45ق – جلسة 1978/5/25 س29 ص1328) وبأنه " البطلان الناشئ عن عدم مراعاة أحكام المادة 133 من قانون المرافعات فيما أوجبته من إعلان تعجيل الخصومة بعد انقطاعها حتى تستأنف الدعوى سيرها –

وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو بطلان نسبى قرره القانون لمن شرع الانقطاع لحمايتهم وهم فى الطعن الماثل ورثة المتوفى الذين لم يختصموا عند تعجيل السير فى الاستئناف بعد الانقطاع فلهؤلاء وحدهم التمسك بهذا البطلان وإذ كان قد قضى وعلى ما سلف بيانه بعدم قبول الطعن المقام منهم فإنه لا يجوز لباقى الطاعنين وتم إعلانهم بتعجيل السير فى الاستئناف أن يتمسكوا بهذا البطلان " (الطعن رقم 108 سنة 52ق - جلسة 1983/4/28 س34 ص1073) وبأنه " البطلان لعدم إعلان الخصوم إعلانا صحيحا وان كان يترتب إذا ما تمسك به من شرع البطلان لحمايته وهو من بطل إعلانه إلا انه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إذا استنفذت محكمة أول درجة ولايتها بالحكم فى موضوع الدعوى وشاب حكمها بطلان لعيب فى الإجراءات تعيين على محكمة الاستئناف أن تفصل فى الموضوع بحكم جديد تراعى فيه الإجراءات الصحيحة الواجبة الإتباع . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وقضى فى موضوع الدعوى بحكم جديد راعى فيه الإجراءات الصحيحة بعد أن أجاب الطاعنين الى ما تمسكا به من بطلان إعلانها ، أمام محكمة أول درجة بعد تعجيل السير فى الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أصاب صحيح القانون " (الطعن رقم 399 سنة 50ق - جلسة 1984/1/18 س35 ص227) وبأنه " البطلان المترتب عن صدور حكم على من توفى أثناء سير الخصومة هو بطلان نسبى ليس لغير ورثته التمسك به " (الطعن رقم 251 سنة 49ق - جلسة 1984/11/9 س35 ص1808) وبأنه " التمسك ببطلان إجراءات تعجيل الدعوى لأنها بدأت من غير الخصوم هو من الدفوع الشكلية لتى تتعرض لشكل الخصومة وكيفية توجيه إجراءاتها والتى يجب إبداؤها قبل التكلم فى موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيها" (الطعن رقم 82 سنة 58ق جلسة 1993/1/19) وبأنه "بطلان الإجراءات التى تتم بعد قيام سبب انقطاع سير الخصومة فى الدعوى هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بطلان نسبى قرره القانون لمصلحة من شرع الانقطاع لحمايتهم وهم خلفاء المتوفى أو من يقومون مقام من فقد الأهلية أو تغيرت صفته ولا شأن لهذا البطلان بالنظام العام - فلا يحق لغيرهم أن يحتج بهذا البطلان " (الطعن رقم 497 سنة 47ق - جلسة 1981/1/12 س32 ص183 ، الطعن رقم 1124 سنة 47ق جلسة 1981/2/25 س32 ص641)

البطلان المغلق بترك الخصومة :

فقد قضت محكمة النقض بأنه " إن ترك الخصومة تصرفا إراديا يبطل إذا شابه عيب من العيوب المفسدة للرضا ، وكان الطاعن قد تمسك فى دفاعه انه كان خاضعا عند تحرير الإقرار لإكراه شاب إرادته فى معنى المادة 127 من القانون المدنى ، ودلل على ذلك بقرائن عدة ساقها ذهب إلى أنها تكشف عن مدى الرهبة التى بعثها المطعون عليه فى نفسه دون حق ، وكان الحكم المطعون فيه لم يرد على هذا الدفاع رغم انه جوهرى وقد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكو مشوبا بالقصور بما يتعين معه نقضه " (الطعن رقم 32 سنة 45ق " أحوال شخصية " جلسة 1976/11/24س27 ص1649) وبأنه " التمسك بالبطلان الناشئ عن عدم مراعاة أحكام القانون الخاصة بترك الخصومة لا يقبل إلا ممن شرع هذا البطلان لمصلحته وهو من قبلت المحكمة ترك مخاصمته على خلاف ما تقضى به هذه الأحكام " (الطعن رقم 352 سنة 29ق جلسة 1964/4/30 س15 ص607)

البطلان المتعلق بدعوى بطلان المرافعة او سقوط الخصومة :

من المقرر أن دعوى بطلان المرافعة لا تقبل إلا ممن كان مدعى عليه فى الدعوى ومطالبا فى ذات الوقت بأداء الحق المدعى به ، فلا يكفى أن يكون الشخص مختصما فى الدعوى ليكون له حق طلب بطلان المرافعة فيما متى كان بعيدا عن دائرة النزاع القائم بشأن الحق المدعى به . (الطعن رقم 37 سنة 12ق – جلسة 1943/1/28)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " سقوط الخصومة اى بطلان المرافعة لانقطاعها ثلاث سنوات وفقا لأحكام قانون المرافعات القديم يجب أن ترفع للمحكمة المنظورة أمامها الدعوى ، فإذا كانت الدعوى مطروحة أمام محكمة الاستئناف وجب رفعها أمامها ، ولا يعتبر هذا إخلالا بمبدأ وجوب نظر الدعوى لدى درجتين ، ذلك أن دعوى بطلان المرافعة هى فى الواقع دفع للخصومة وأوجب القانون رفعه بصحيفة وقد أقر قانون المرافعات الحالى هذا النظر حتى انه أجاز تقديم طلب الخصومة فى صورة دفع أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى إذ عجل المدعى دعواه عند انقضاء السنة المقررة للسقوط (المادة 303 مرافعات) ولا يحول دون اختصاص محكمة الاستئناف بنظر الدعوى بطلان المرافعة أن يكون الاستئناف الذى رفع أمام محكمة الاستئناف المختلطة لم يقيد ،

إذ وفقا لأحكام قانون المرافعات المختلط كان الاستئناف يعتبر مرفوعا أمام المحكمة بمجرد إعلان صحيفته وما كان يترتب على عدم قيده اعتبار الاستئناف كأن لم يكن " (الطعن رقم 74 سنة 21ق جلسة 1953/4/9) وبأنه " متى كانت محكمة الاستئناف إذ قضت ببطلان المرافعة لم تجب الطاعنة إلى ما طلبه فى مذكرته التكميلية من إعادة الدعوى إلى المرافعة لتنظر مع استئناف جديد رفعه عن الحكم ولم ترد فى حكمها على هذا الطلب ، فإنه لا تكون قد أخطأت ، ذلك أن الحكم ببطلان المرافعة فى الاستئناف وفقا لقانون المرافعات القديم يجعل الحكم المستأنف نهائيا ولو لم يكن قد أعلن كما و شأن سقوط الخصومة فى قانون المرافعات الجديد " (الطعن رقم 74 سنة 21ق جلسة 1953/4/9)

البطلان المتعلق بالتزوير فى أوراق التكليف بالحضور :

فقد قضت محكمة النقض بأنه : بطلان أوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب فى الإعلان أو فى بيان المحكمة أو تاريخ يزول – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بحضور المعلن إليه الجلسة فى الزمان والمكان المعينين لحضوره ، اعتبارا بأن حضور الخصم فى الجلسة التى دعى إليها بمقتضى الورقة الباطلة قد حقق المقصود منها ، ويعد تنازلا منه عن التمسك ببطلانها ، وإذ أقام الحكم المطعون فيه ... قضاءه بعدم قبول الادعاء بتزوير اعلانى الأول بصحيفتى رقمى 3254 لسنة 1975 ، 888 لسنة 1976 مدنى دمنهور الابتدائية لكون هذا الادعاء غير منتج ، على أن حضور المعلن إليه الجلسة المحددة بالإعلان يزيل البطلان الناشئ عن التزوير المدعى به فإنه يكون قد التزم صحيح القانون" (الطعن رقم 2090 سنة 54ق جلسة 1990/12/13)

البطلان المتعلق بتوقيع المحام على صحف الدعاوى :

مؤدى الفقرة الثانية من المادة 87 من قانون المحاماة رقم 61 لسنة 1968 أن المشرع قصد من توقيع المحامى على صحف الدعاوى ، رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح الخاص فى ذلك الوقت ، لان إشراف المحامى على تقرير صحف الاستئناف والدعاوى والعقود ذات القيمة من شأنه مراعاة أحكام القانون فى تحرير هذه الأوراق وبذلك تنقطع لمنازعات التى كثيرا ما تنشب بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشئون ذات الطبيعة القانونية بما يعود بالضرر على ذوى الشأن ، مما مفاده أن توقيع المحامى على اصل الصحيفة أو على صورتها يتحقق به الغرض الذى قصد إليه المشرع ومن ثم فإن خلو الصورة من التوقيع لا يترتب عليه البطلان . (الطعن رقم 589 سنة 48ق جلسة 1979/2/7 س30 ع1 ص505)

وقد قضت محكمة النقض بأنه : لما كان غرض الشارع من إيجاب توقيع محام على صحف الدعاوى – وهو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية لقانون المحاماة رقم 96 سنة 1957 – رعاية الصالح العام الى جانب صالح المحامين وذلك لضمان مراعاة أحكام القانون فى تحرير الصحف وقطعه المنازعات التى كثيرا ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بتحريرها مما يعود بالضرر على ذوى الشأن فإنه يجب اعتبار البطلان المترتب على عدم توقيع محام على صحف الدعاوى متعلقا بالنظام العام يجوز الدفع به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف " (الطعن رقم 401 سنة 1ق جلسة 1965/4/8 س16 ص476) وبأنه " تصحيح الإجراء الباطل ، يجب أن يتم فى ذات مرحلة التقاضى التى اتخذ فيها هذا الإجراء فالبطلان الناشئ عن عدم توقيع محام على صحيفة الدعوى ينبغى أن يتم تصحيحه أمام محكمة الدرجة الأولى ، وقبل صدور حكمها الفاصل فى النزاع إذ بصدور هذا الحكم يخرج النزاع من ولاية المحكمة ، ويمتنع إجراء التصحيح ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن توقيع المحامى على صحيفة الدعوى أثناء نظر الدعوى أمام محكمة الاستئناف من شأنه تصحيح البطلان العالق بهذه الصحيفة ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " (الطعن رقم 437 سنة 40ق جلسة 1976/2/2 – س27 ص356) وبأنه " لا يحمل الحكم – المطعون فيه – مال أورده من أن المحامى قد وقع على ورقة إعادة إعلان أمام محكمة الدرجة الأولى متضمنة بيانات صحيفة افتتاح الدعوى

وهو ما يكفى لتصحيح البطلان العالق بالصحيفة – عدم توقيع محام عليها ، ذلك أن المحكمة وقد انتهت فى حكمها فى شكل الاستئناف إلى بطلان هذه الورقة لانعدام أثرها لعدم إعلانها فى الموطن الاصلى للطاعن ، فإنها لا تصلح لتصحيح البطلان ، إذ الإجراء الباطل لا يصححه إجراء باطل ولو اختل سبب البطلان " (الطعن السابق) وبأنه " جرى قضاء هذه المحكمة على أن البطلان المترتب على عدم توقيع محام مقرر أمام المحكمة على صحيفة الدعوى أو الطعن يتعلق بالنظام العام يجوز الدفع به فى أية حالة تكون عليها الدعوى وكان تصحيح هذا البطلان بتوقيع محام مقرر على الصحيفة بعد تقديمها مشروط بأن يتم ذلك فى ذات درجة التقاضى التى استلزم القانون توقيع المحامى على صحيفتها إذ بصدور الحكم منها تخرج الدعوى من ولايتها " (الطعن رقم 329 سنة 44ق – جلسة 1983/1/23 س34 ص294) وبأنه " البطلان المترتب على عدم توقيع صحيفة الاستئناف من محام مقرر أمام محاكم الاستئناف تعلقه بالنظام العام ، اثر ذلك . عدم سقوط الحق فى التمسك به بالتكلم فى موضوع الدعوى " (الطعن رقم 1611 سنة 48ق جلسة 1983/3/9 س34 ص661) وبأنه " صحيفة الاستئناف هى الأساس الذى يرفع به الاستئناف ومؤدى قضاء محكمة الاستئناف ببطلان تلك الصحيفة لعدم التوقيع عليها من محام مقرر أمام محاكم الاستئناف الا تبقى بعد ذلك خصومة مطروحة عليها ، ويتعين عليها أن تقف عند حد القضاء ببطلان الصحيفة ولا يسوغ لها أن تمضى أكثر من نظر الموضوع " (الطعن رقم 1611 سنة 48ق جلسة 1983/3/9 – س34 ص661)

البطلان المتعلق بالتقادم :

يسقط الحق فى إبطال العقد بالتقادم إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات عملا بالمادة 1/140 من القانون المدنى ولما كان من المقرر أن التقادم لا يتعلق بالنظام العام ، ويجب التمسك به أمام محكمة الموضوع إنه إذا لم يثبت أن الطاعنين قد تمسكا أمامها بتقادم دعوى البطلان فلا يقبل منهم التمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض . (الطعن رقم 189 سنة 37ق جلسة 1972/2/15 س23 ص162)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " الدعوى ببطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وإن وصفت بأنها دعوى بطلان إلا أنها فى حقيقتها وبحسب المقصود منها إنما هى دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبية بطريقة التستر وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم لان ما يطلبه رافعها إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان وترتب الآثار القانونية التى يجب أن تترتب على النية الحقيقية لها واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه الحالة واقعية ومستمرة لا تزول بالتقادم فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصورى صحيحا مهما طال الزمن " (الطعن رقم 98 سنة 35ق جلسة 1969/3/20 س20 ص450 الطعن رقم 109 سنة 38 جلسة 1973/4/10 س21 ص577) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد اثبت فى تقريره انه على الرغم من بطلان عقد البيع باعتباره هبه سافرة لم تتم فى شكل رسمى فإن احد الموهوب لهم قد وضع يده على الأعيان الموهبة المدة الطويلة واستوفى وضع يده الأركان القانونية التى تجعله سببا لكسب الملكية فإن مؤدى ذلك أنه قد تملك الأعيان بالتقادم المكسب لا بالعقد الباطل ، ومن ثم فإن كان عقد قسمة تلك الأطيان قد لحقه البطلان لاستناده إلى عقد الهبة الباطل إلا انه إذ تضمن بيعا من والد الموهوب له الحفيدة عن نصيبه الميراثى فى تلك الأعيان التى لم تؤول ملكيتها للبائع أو لمورثه بسبب عقد الهبة الباطل وإنما البيع لا يمتد إليه البطلان بل يبقى صحيحا باعتباره عقدا مستقلا وان كان وارد فى عقد القسمة المذكورة " (الطعن رقم 249 سنة 57ق جلسة 1963/1/17 س14 ص111) وبأنه " لئن كانت الدعوى البطلان عن عقد باطل ابرم فى ظل القانون المدنى القديم لا اثر للتقادم فيها مهما طال الزمن إلا إذا لحقها القانون المدنى الجديد فإنها تسقط بمضى خمس عشرة سنة وقعت سريانه طبا للمادة 141 من هذا القانون " (الطعن رقم 156 سنة 35ق جلسة 1969/4/18 س14 ص578) وبأنه " وان كانت دعوى البطلان المطلوب تسقط بمضى خمس عشرة سنة إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبدا ذلك أن العقد الباطل يظل معدوما فلا ينقلب مع الزمن صحيا وإنما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد مضى المدة الطويلة أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد فلا تجو مواجهته بالتقادم لأنه دفع والدفوع لا تتقادم ، فإذا كان الحكم قد انتهى إلى بطلان سند الدين بطلان مطلقا فإن ذلك يكفى لتقرير نتيجة اللازمة قانونا وهى عدم تقادم الدفع بهذا البطلان بغير حاجة للإشارة إلى ذلك صراحة أو للرد على ما يتمسك به الدائن فى هذا الصدد " (الطعن رقم 90 سنة 23ق جلسة 1957/4/11 س8 ص404)

وبأنه " الحكم ببطلان صحيفة الدعوى يترتب عليه زوال أثرها فى قطع التقادم " (الطعن رقم 495 سنة 26ق جلسة 1962/6/7 س13 ص774) وبأنه " المطالبة القضائية لا تقطع التقادم طبقا للمادة 283 من القانون المدنى إلا إذا تمت بإجراء صحيح بحيث إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب فى الشكل فلا يترتب عليه اى اثر ولا تقطع التقادم" (الطعن رقم 326 سنة 40ق جلسة 1975/5/20 س26 ص1017 ، الطعن رقم 215 سنة 46ق جلسة 1979/47/30 س30 ع 2 ص232) وبأنه " متى كانت الطاعنة قد أقامت دعواها بالبطلان تأسيسا على أن عقد البيع الصادر من مورثها إلى المطعون عليه هو فى حقيقته عقد بيع وانه باطل بطلانا مطلقا عملا بنص المادة 465 من القانون المدنى ، وتمسك المطعون عليه أمام محكمة الاستئناف بتقادم هذه الدعوى بمضى أكثر من خمس عشرة سنة من تاريخ العقد ، وإذا كان القانون المدنى القائم قد استحدث فى الفقرة الثانية من المادة 141 منه النص على سقوط دعوى البطلان المطلق بمضى خمس عشر سنة من وقت العقد احتراما للأوضاع التى استقرت بمضى هذه المدة بعد صدور العقد الباطل لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه فى الدعوى على هذا الأساس فإن النعى عليه بان البطلان المطلق لا يرد عليه التقادم فى غير محله " (الطعن رقم 136 سنة 41ق جلسة 1975/11/25 س26 ص1477)

البطلان المتعلق بالتحكيم :

التحكيم هو بنص المادتين 702، 703 من قانون المرافعات مشارطة بين متعاقدين أى اتفاق على التزامات متبادل بالنزول على حكم المحكمين ، وبطلان المشارطات لعدم الأهلية هو بحكم المادتين 131 ، 132 من القانون المدنى بطلان نسبى إلى عديم الأهلية فلا يجوز لذى الأهلية التمسك به . (الطعن رقم 73 سنة 17ق جلسة 1948/11/8)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إن المادة 705 من قانون المرافعات توجب أن يكون عدد المحكمين المفوضين بالصلح وترا وان يذكروا بأسمائهم فى مشارطة التحكيم أو فى ورثة سابقه عليها وهذا النص ينفى معه جواز القول بإمكان تعيين بعض المحكمين فى المشارطة وتوكيل هذا البعض فى تعيين آخرين من بعد ، وحكم هذه المادة هو من النظام العام فمخالفته موجبة لبطلان المشاركة بطلانا مطلقا لا يزيله حضور الخصم أمام المحكمة الذى لم تتوافر فهم الشروط المنصوص عليها فى المادة المذكورة " (الطعن رقم 88 سنة 3ق – جلسة 1934/12/20)

وبأنه " خروج المحكمين فى حكمهم عن مشارطة التحكيم يجب ان يتمسك به الخصوم أمام المحكمة والا فلا يكون لها ان تقضى من تلقاء نفسها ببطلان الحكم لعدم تعلق ذلك بالنظام العام " (الطعن رقم 26 سنة 12ق جلسة 1943/1/21) وبأنه " تشترط المادة 144 من القانون المدنى لتحول العقد الباطل الى عقد آخر تتوافر فيه أركان عقد آخر صحيح وان يقوم دليل على ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى الارتباط بالعقد الجديد لو انهما تبينا بالعقد الأول من أسباب البطلان وإذ كان عقد التحكيم لا تتوفر فيه أركان عقد آخر يمكن أن تكون نية الطرفين قد انصرفت إلى الارتباط به فإن عقد التحكيم متى قام به سبب من أسباب البطلان لا يمكن أن يتحول الى عقد آخر ملزم للمتعاقدين لان المحكمين لم يقبلا بموجب عقد التحكيم إلا بالالتزام بالحكم الذى يصدره المحكمة فإذا لم يصدر هذا الحكم تحللا من مشارطة التحكيم " (الطعن رقم 407 سنة 34ق جلسة 1968/11/28 س19 ع3 ص1421) وبأنه " مؤدى نص المادة 826 من قانون المرافعات السابق - المقابلة للفقرة الأولى من المادة 1/503 من القانون الحالى - أن الكتابة شرط لإثبات قبول المحكمة مهمة التحكيم وليست شرطا لانعقاد مشارطة التحكيم وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه على أن توقيع المحكمين على العقد يعتبر ركنا لانعقاده ، وإذ استلزم أن يكون توقيع المحكوم على ذات العقد وإلا اعتبر باطلا ، واستبعد على هذا الأساس الإقرار الصادر من المحكم والذى ضمن سبق موافقته على مهمة التحكيم - وهو محرر له قوة الكتابة فى الإثبات - ورد الحكم على ذلك بطلان المشارطة بعدم انعقادها فإنه يكون قد خالف القانون " (الطعن رقم 489 سنة 37ق جلسة 1973/2/24 س24 ع 1 ص321) وبأنه " إذا كانت مشارطة التحكم موضوع الدعوى - المطلوب الحكم ببطلانها - هى عقد رضائى توافرت عناصره من إيجاب وقبول صحيحين بين طرفيه ، وكان موضوع النزاع مما يجوز التحكيم فيه وقد وقع محكمان على المشارطة واقر المحكمة الثالث كتابة بقبوله مهمة التحكيم ، فالمشارطة تكون قد انعقدت صحيحة ويكون طلب الحكم ببطلانها على غير أساس ولا يغير من هذا النظر قول المطعون هذه الأول انه بوفاة المحكم - الذى لا يجوز تعيين غيره بواسطة المحكمة لأنه كان مفوضا بالصلح - أضحى تنفيذ المشارطة مستحيلا مما تعتبر معه باطله لن ذلك عقبة استجدت فى سبيل تنفيذ المشارطة لا سببا لبطلانها لان - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة -

متى كان الحكم مفوضا بالصلح فلا يمكن تعيين غيره بغير اتفاق الطرفين ، ومؤدى ذلك أنه إذا حدث سبب بعد مشاركة التحكيم يمنع المحكم عن الحكم فلا ينفذ عقد التحكيم إلا باتفاق جديد بين الخصوم عبر شخص محكم آخر طبقا للمادة 824 من قانون المرافعات السابق الواجبة التطبيق فى الدعوى والتى يعتبر حكمها من النظام العام ، وكل هذا لا يخل بشرط انقضاء المشارطة موضوع النزاع التى توافرت قبل وفاة المحكم " (الطعن رقم 489 سنة 37ق - جلسة 1973/2/24 س24 ع1 ص321) وبأنه " مفاد نص المادة 3/513 من قانون المرافعات أن ما يترتب على دفع الدعوى ببطلان حكم المحكمين هو وقف تنفيذ هذا الحكم المطعون فيه بالبطلان ولا يقتضى ذلك وقف السير فى دعوى أخرى يثور فيها نزاع يتصل الحكم المذكور" (الطعن رقم 176 سنة 40ق - جلسة 1976/2/24 س27 ص488) وبأنه " المادة 15 من المرسوم بقانون رقم 318 لسنة 1952 فى شأن التوفيق والتحكيم فى منازعات العمل التى أوجبت على هيئة التحكيم الفصل فى النزاع فى مدة لا تزيد عن شهر من بدء نظره قد وضعت قاعدة تنظيمية للحث على سرعة الفصل فى النزاع وليس من شأن الإخلال بهذه القاعدة ان يلحق البطلان القرار الذى يصدر من الهيئة بعد مدة الشهر وقد خلا ذلك المرسوم بقانون من النص على البطلان جزاء على مخالفة أحكام هذه المادة سالفة الذكر "(الطعن رقم 289 سنة 23 ق - جلسة 1957/4/4 س8 ص370) وبأنه " المادة 16 من المرسوم بقانون رقم 318 لسنة 1950 إذ نصت على وجوب إعلان قرار هيئة التحكيم الى طرفى النزاع فى خلال ثلاثة أيام من صدوره قد وضعت قاعدة تنظيمية قصد بها الحدث على سرعة إخطار طرفى النزاع بالقرار الذى تصدره الهيئة ولم يرتب المرسوم بقانون سالف الذكر البطلان جزاء على مخالفة تلك القاعدة " (الطعن رقم 289 سنة 23ق جلسة 1957/4/4 س8 ص370)

كما قضت بأنه " عدم إيداع حكم المحكمين مع اصل مشارطة التحكيم قام كتاب المحكمة المختصة المادة 842 من قانون المرافعات السابق بطلانه " (الطعن رقم 521 سنة 44ق - جلسة 1978/2/15 س29 ص472) وبأنه " مفاد الفقرة الرابعة من المادة 501 من قانون المرافعات والمادة 551 من القانون المدنى انه لا يجوز التحكيم بصدد تحديد مسئولية الجانى عن الجريمة الجنائية والا عد باطلا لمخالفته للنظام العام .

وإذا كانت المسألة التى انصب عليها التحكيم وبالتالى كانت سببا للالتزام فى السند إنما تتناول الجريمة ذاتها وتستهدف تحديد المسئول عنها وهى من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، فلا يجوز أن يرد الصلح عليها وبالتالى لا يصلحان تكون موضوعا لتحكيم وهو ما يستتبع ان يكون الالتزام المثبت فى السند باطلا لعدم مشروعية سببه " (الطعن رقم 562 سنة 47ق جلسة 1980/12/3 س31 ص1989) وبأنه " وإن انتهى الحكم المطعون فيه الى عدم استيفاء حكم المحكمين موضوع الدعوى لشروط القانونية اللازمة لصحة أحكام المحكمين مما يجعله باطلا ، إلا انه ذهب إلى أن هذا لا ينفى كونه عقدا رضائيا موقعا عليه من الطرفين اتفقا فيه على اختصاص كل منهما بمسطح معين من الأرض وقام على ذلك قضاءه بالغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى بإبطال هذا العقد ولما كان التوقيع من الطرفين فى نهاية حكم المحكمين بما يفيد أنهما قبلاه ووضع كل منهما يده على نصيبه من قطعة الأرض حسب ما توضح له لا يفى انصراف نيتهما إلى الارتباط باتفاق إبرام بإرادتهما ، إنما يعنى الموافقة على حكم المحكمين الباطل وهو ما يستتبع بطلان هذه الموافقة على حكم المحكمين الباطل وهو ما ستتبع بطلان هذه الموافقة فلا تنتج أثرا ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " (الطعن رقم 1503 سنة 19ق - جلسة 1980/12/30 س31 ص2159) وبأنه " الاتفاق على التحكيم اشتماله على منازعات لا يجوز فيها التحكيم ، أثره بطلان هذا الشق وحده ما لم يثبت مدعى البطلان وان هذا الشق لا ينفصل عن جملة الاتفاق " (الطعن رقم 1479 سنة 53ق - جلسة 1987/11/19 س38 ص968) وبأنه " المشرع وإن لم ينشأ أن يتضمن حكم المحكمين جميع البيانات التى يجب أن يشتمل عليها حكم القاضى ، إلا انه أوجب إتباع الأحكام الخاصة بالتحكيم الواردة فى الباب الثالث من قانون المرافعات ومنها حكم المادة 507 التى توجب اشتمال الحكم بوجه خاص على ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم وقد استهدف المشرع من إيجاب إثبات ذلك بحكم المحكمين توفير الرقابة على عملهم والتحقق من حسن استيعابهم لوقائع النزاع وفداع طرفيه والوقوف على أسباب الحكم الصادر فيه وذلك رعاية لصالح الخصوم وهى على هذا النحو بيانات لازمة وجوهرية يترتب على إغفالها عدم تحقق الغاية التى من اجلها أوجب المشرع إثباتها بالحكم

بما يؤدى إلى البطلان ، ولا ينال من ذلك أن أوراق القضية قد أودعت مع الحكم بقلم كتاب المحكمة لان الحكم يجب أن يكون دالا بذاته على استكمال شروط صحته بحيث لا يقبل تكملة ما نقض فيه من البيانات الجوهرية بأى طريق آخر " (الطعن رقم 90 سنة 58ق جلسة 1991/3/24 س22 ص793) وبأنه " النص فى الفقرة الأولى من المادة 506 من قانون المرافعات على أن يصدر المحكمون حكمهم غير مقيدين بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه فى هذا الباب ويكون حكمها على مقتضى قواعد القانون ما لا يكونوا مفوضين بالصلح يدل على مقتضى قواعد القانون ما لم يكونا مفوضين بالصلح يدل على أن المشرع وان لم يشأ أن يتضمن حكم المحكمين جميع البيانات التى يجب أن يشتمل عليها حكم القاضي إلا انه أوجب إتباع الأحكام الخاصة بالتحكيم والواردة فى الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات ومنها حكم المادة 507 التى توجب اشتمال الحكم بوجه خاص على صورة وثيقة التحكيم وهو هدف المشرع من ايجاب إثبات هذا البيان بحكم المحكمين التحقق من صدور القرار فى حدود سلطة المحكمين المستمدة من وثيقة التحكيم رعاية لصالح الخصوم فهو على هذا النحو بيان لازم جوهرى يترتب على إغفاله عدم تحقق الغاية التى من اجلها أوجب المشرع إتباعه بالحكم بما يؤدى إلى البطلان ولا يغير من ذلك ان تكون وثيقة التحكيم قد أودعت مع الحكم بقلم كتاب المحكمة يجب أن يكون دالا بذاته على استكمال شروط حتى لا يقبل تكملة ما نقص به من البيانات الجوهرية بأى طريق آخر " (الطعن رقم 736 سنة 49ق جلسة 1982/5/4 س33 ص475) وبأنه " لئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه إذا بطل حكم المحكمين فإن توقيع المحكمين لو حصل على نهاية بما يفيد قبولهم له إنما يستتبع بطلان هذه الموافقة وانعدام كل اثر لها ، إلا أن ذلك البطلان لا يتطاول إلى ما يصدر عن المحكم من إقرارات لاحقه تتعلق بهذا الحكم من وقائع " (الطعن رقم 852 سنة 50ق جلسة 1984/5/6 س35 ص1181) وبأنه " التحكيم الاجبارى نطاقه القانون 61 لسنة 1971 اختلافه عن نصوص التحكيم الواردة فى قانون المرافعات . أثر ذلك ، عدم جواز رفع دعوى مبتدأة أمام القضاء العادى ببطلان أحكام هيئات التحكيم الاجبارى " (الطعن رقم 161 سنة 51ق - جلسة 1985/5/23 س36 ص814)

دعــوى البطـــلان

من يحق له التمسك بالبطلان

القاعدة : فى العقد الباطل يجوز أن يتمسك بالبطلان كل من له مصلحة فى ذلك ، بل وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، إما فى العقد القابل للإبطال فلا يتمسك بالبطلان إلا المتعاقد الذى تقرر البطلان لمصلحته دون المتعاقد الأخر .

ففى العقد الباطل ، نصت المادة 1/141 مدنى على انه " إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان "

فالعقد الباطل لا وجود له ، وبطلانه يتقرر عادة عن طريق الدفع او عن طريق الدعوى ، وفى الحالتين فإن الذى يستطيع التمسك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة فى ذلك ، والمصلحة حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه ، ومجرد المصلحة دون قيام الحق لا يكفى . (عبد الحميد الشواربى ص1881 ،مرجع سابق)

أى أنه يشترط لقبول التمسك بالبطلان إبداؤه من ذى مصلحة قانونية ، ولا تتوافر هذه المصلحة إلا إذا كان له حق قانونى يتأثر بصحة العقد أو البطلان ، وبمعنى آخر فانه توافر المصلحة القانونية حسبما تعرفها المادة الثالثة من قانون المرافعات فلا تكفى المصلحة الاقتصادية أو الأدبية ، فلا يجوز للجار التمسك ببطلان عقد بيع صادر من جاره بحجة ان له مصلحة فى التخلص من المشترى الجديد ، أو أن يتمسك تاجر ببطلان عقد شركة منافسة .

ولكن إذا توافرت المصلحة القانونية قام الحق فى التمسك بالبطلان سواء كان من هو طرف فى العقد كالبائع والمشترى وإذ تتمثل مصلحة الأول فى استرداد المبيع وتتمثل مصلحة الثانى فى استرداد الثمن ويكون ذلك لحقهما العام والخاص ولدائنيه بموجب الدعوى غير المباشرة ، وللغير كالمشترى المدعى عليه فى دعوى الشفعة له مصلحة فى التمسك ببطلان سند ملكية الشفيع . (يراجع فى ذلك كله السنهورى بند 327 – الشرقاوى بند 49 – مرقس بند 214 - محمد كمال عبد العزيز مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة – انه يترتب على بطلان العقد اعتباره كأن لم يكن وزوال كل اثر له فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ، لما كان ذلك وكانت المادة 1/141 من القانون المدنى تقضى بأنه إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة " (1989/11/9 طعن 1860 سنة 35ق) وبأنه " يلزم فى الدعوى أن يكون لرفاها صفة فى رفعها وان تكون له مصلحة فى ذلك فلدعوى التى ترفعها الزوجة حال حياة زوجها لإبطال التصرف الحاصل منه لبعض أولاده لأنه قصد به الخروج عن أحكام الميراث لا تكون مقبولة ، غذ الصفة والمصلحة لا تحققان لها فى رفع الدعوى ما دام زوجها حيا ، والقول بان القانون يجيز لكل ذى شأن أن يتمسك ببطلان العقد بطلانا اصليا لا يكون إلا بعد رفع الدعوى ممن تتحقق فيه الصفة والمصلحة من رفعها كأن يكون له حق حال تقتضى المحافظة عليه إبطال العقد فيطل إبطاله ولو لم يكن طرفا فيه " (1937/1/28 – م ق م – 12- 623)

وللمحكمة التى يعرض عليها لنزاع متعلق بتصرف باطل بطلانا مطلقا أن تقضى ببطلان هذا التصرف من تلقاء نفسها ، اى دون أن يتمسك به اى من طرفى الخصومة. (جميل الشرقاوى ص233 ، مرجع سابق)

وتنص المادة 1/141 مدنى التى تقضى بأنه " إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى صفة مصلحة ان يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها ...." .

وإذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدعوى ، فلابد من رفعها فى خلال خمس عشر سنة من وقت صدور العقد والا سقطت بالتقادم ، أما إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع ، فيجوز ذلك فى أى وقت .

ويجوز إبداء الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، كما يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . (عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق)

أما بالنسبة للعقد القابل للإبطال فقد نصت المادة 138 مدنى على أنه " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا فى إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق .

والعقد القابل للإبطال لم تقرر قابليته للإبطال إلا لمصلحة احد المتعاقدين ، ولهذا المتعاقد وحده وهو الذى يجوز أن يتمسك بالبطلان ، فإذا كان سبب القابلية للإبطال نقص الأهلية ، فناقص الأهلية وحده هو الذى يتمسك البطلان ، وإذا كان السبب هو عيب شاب الإرادة ، فمن شاب إرادته العيب هو الذى يتمسك بإبطال العقد .

ولا يستطيع ان يطلب إبطال العقد لا الدائن ولا الخلف الخاص بمقتضى حق مباشرة لهما ، ولكن يستطيعان ذلك باعتبارهما دائنين للمتعاقد ، فيستعملون حقه فى طلب إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة

وكذلك لا تستطيع المحكمة أن تقضى بإبطال العقد من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك بالإبطال المتعاقد ذو المصلحة .

ويجوز التمسك بالبطلان بدعوى أو دفعا ، مادام البطلان لم يسقط بالتقادم بانقضاء المدة المقررة ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء العقد ، ويجوز إبداء الدفع بالبطلان فى أية حالة كانت عليها الدعوى .

ولما كان للعقد القابل للإبطال وجود قانونى إلى أن يتقرر بطلانه ، ومن ثم لا بد فى تقرير البطلان من التراضى أو التقاضى ، أما التراضى فيتم بين المتعاقدين بشرط أن تتوافر الأهلية فى كل منهما ، فإذا لم يتم الاتفاق على إبطال العقد ، فالعقد لا يبطل حتى يرفع ذو الملحة من المتعاقدين دعوى البطلان ويحصل على حكم بذلك ، وحكم القاضى هو الذى يبطل العقد ، اى ينشئ البطلان ، ولا يقتصر على تقريره ، وإذا رفعت دعوى الإبطال ووجد سببه قائما ، فالقاضى لا يملك إلا أن يبطل العقد ، وليس له حق التقدير . (عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق)

أحكــام النقــض :

النص فى الفقرة الأولى من المادة 253 من القانون المدنى على أن " لكل دائن لو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينة جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز) يدل على أن نطاق الدعوى غير المباشر لا يشمل الحقوق التى يؤدى استعمال الدائن لها إلى المساس بما يجب أن يبقى للمدين من حرية فى تصريف شئونه ، فيجوز للدائن أن يرفع دعوى لإبطال عقد كل مدينه طرفا فيه لعيب شاب رضاء ، ولا يعتبر بذلك من قبيل الحقوق المتصلة بشخص المدين فيجوز من ثم استعمالها باسمه ، ولما كان الثابت من مدونات الحكم الابتدائي أن المطعون عليه الثانى أسس دعواه عند طلب الحكم بتسليمه العين المؤجرة وتمكينه من الانتفاع بها على بطلان عقد الإيجار الصادر للطاعنة والذى تضمنه محضر القرعة التى أجربت فى محافظة الجيزة ، وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه بعد استعراضه توافر سائر شروط الدعوى غر المباشرة انتهى إلى أن المطعون عليه الثانى يحق له الطعن على عقد الإيجار الصادر من المؤجر الصادر من المؤجر له الى الطاعنة لصدوره نتيجة إكراه لا يمس إجراء عملية القرعة انه يكون قانونية خاطئة لا تثر فى جوهر قضائه . (نقض جلسة 1977/5/4 المكتب الفنى السنة 28 رقم 195 ص1135)

ليس فى القانون ما يمنع من التمسك ببطلان عقد فى صورة دفع من الدفوع الموضوعية دون الحاجة الى رفع دعوى مستقلة بطلب الحكم بهذا البطلان . (نقض مدنى 21 مارس 1957 مجموعة أحكام النقض 21-241-8)

ثبوت القصر عند التعاقد كاف لقبول دعوى الإبطال ولو تجرد التصرف الدائن بين النفع والضرر من اى غبن مهما كان مقدار القصر منه ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخر أو أخفى حالته عنه أو ادعى كذبا بلوغه سن الرشد ، وسواء كان هذا المتعاقد يعلم بحالة القصر أو يجهلا . (نقض جلسة 1980/3/12 المكتب الفنى السنة 31 رقم 159 ص806)

أنه إذ كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبدا ، ذلك أن العقد الباطل يظل معدوما فلا ينقلب مع الزمن صحيحا ، وانه تتقادم الدعوى به ، فلا تسمع بعد مضى المدة الطويلة ، أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم ، لأنه دفع والدفوع لا تتقادم فإذا كان الحكم قد انتهى الى البطلان سند الدين بطلانا إلى ذلك صراحة أو للرد عليها يتمسك به الدائن فى هذا الصدد . (نقض مدنى 11ابريل 1957 المحاماه – 38-534-239)

دعوى البطلان العقد لصوريته مطلة لقبولها وجود مصلحة نظرية بحتة ، فلا تقبل الا ممن له مصلحة قائمة وحالة فيها ، بحيث تعود عليه فائدة عملية من الحكم له بطلبه . (نقض جلسة 1979/1/25 المكتب الفنى السنة 30 رقم 74 ص381)

مؤدى نص المادة 1028 من قانون المرافعات أنه يترتب على تسجيل قرار الحجر بتطبيق قانون الأحكام المدنى بحيث تكون تصرفات المحجور عليه للسفه الصادرة بعد تسجيل طلب الحجر قابلة للإبطال عملا بنص المادة 1/115 من القانون المدنى دون حاجة الى إثبات التصرف كان نتيجة استغلال أو تواطؤ إلا أن مجال أعمال هذا النص ان يكون التصرف صادرا بعد تسجيل طلب الحجز ، وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه انه أسس قضاءه برفض دعوى إبطال العقد الصادر الى المطعون ضده على نفى ما ادعى به الطاعن من أن هذا العقد قد صدر من والده الى المطعون ضده بعد تاريخ تسجيل طلب الحجر ، وكان التصرف الصادر من السفيه فى تمثل هذه الحالة لا يكون وفقا لما نصت عليه المادة 2/115 من القانون المدنى باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ فإن الحكم إذا استلزم إثبات توافر احد هذين الأمرين بعد أن حصل فى أسباب سائغة أن التصرف المعى عليه قد صدر عقب تسجيل طل الحجر ، فإنه قد أصاب صحيح القانون . (نقض جلسة 1971/4/20 المكتب الفنى السنة 21 رقم 78 ص506)

مفاد نص المادة 276 من قانون المرافعات السابق انه لا يجوز الحكم بصحة الورقة ، وفى الموضوع معا ، بل يجب أن يكون القضاء بصحة الورقة سابقا على الحكم فى موضوع الدعوى ، حتى لا يحرم الخصم الذى أخفق فى إثبات تزوير الورقة من أن يقدم ما عسى أن يكون لديه من مطاعن على التصرف المثبت فيها ، غذ ليس فى القانون ما يحول دون التمسك بطلب بطلان التصرف أو صوريته بعدم الإخفاق فى الادعاء بتزوير الورقة المثبتة لهذا التصرف لاختلاف نطاق ومرمى كل من الطعنين عن الآخر ، إذ يقتصر الأمر بالادعاء بالتزوير على إنكار صدور الورقة من المتصرف دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه ، فإذا ما ثبت للمحكمة فساد الادعاء بالتزوير وصحة إسناد التصرف الى المتصرف ، فإن ذلك لا يقتضى اللزوم أن يكون هذا التصرف صحيحا وجديا . (نقض جلسة 1972/2/21 المكتب الفنى السنة 23 رقم 70 ص429)

الدفع ببطلان عقد البيع على أساس انه يستر وصية وان وصف بأنه دفع بالبطلان ، إلا أنه فى حقيقته وبحسب المقصود منه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إنما هو دفع بصورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ، لا يسقط بالتقادم ، لان ما يطلبه المتمسك بهذا الدفع إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التى يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما ، واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه الحالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم ، فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصورى صحيحا مهما طال الزمن . (نقض جلسة 1972/4/10 المكتب الفنى السنة 24 رقم 102 577)

العلة فى وجوب أن يطعن الدائن بدعوى الصورية أولا حتى إذا اخفق فيها كان له ان يعن بدعوى عدم نفاذ التصرف مما لا يتفق مع الدفع بالصورية بعد ذلك بحيث يجوز للدائن فى الدعوى الواحدة أن يطعن فى تصرف مدينة بالصورية ويدعو عدم نفاذ التصرف معا على سبيل الخيرة فيحاول إثبات الصورية أولا ثم ينتقل أن هو اخفق فيها الى عدم النفاذ . (نقض جلسة 1977/5/4 المكتب الفنى السنة 28 رقم 194 ص1125)

مؤدى نص المادة 4 من القانون رقم 142 لسنة 1944 بعد تعديلها بالقانون رقم 217 لسنة 1951 ان المشروع أجاز لصاحب الشأن ان يرفع الأمر الى القضاء لاثبات جدية التصرف الصادر من المورث خلال خمس السنوات السابقة على وفاته الى شخص أصبح وارثا له بسبب من أسباب الإرث كان متوافرا وقت صدور التصرف بحيث إذا اثبت ذلك رد إليه رسم الأيلولة المحصل منه ما لم تحدد المادة سالفة الذكر يعادا معينا لرفع الدعوى بإثبات المقابلة ولما كانت المنازعات فى دفع المقابل او عدم دفعه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – نخرج من سلطة مصلحة الضرائب ومن نطاق الطعن فى تقدير قيمة التركة ، مما مقتضاه ان للمصلحة لا تملك إعفاء التصرف من الرسم إلا إذا صدر حكم من القضاء بأن المقابل قد دفع وإذ كان رسم الأيلولة يعتبر مستحقا وقت وفاة المورث طبقا لما تنص عليه المادة الأولى والفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم 142 لسنة 1944 وكان الغرض من رفع الدعوى المشار إليها من توصل الى عدم استحقاق الرسم لما كان ذلك فلا يكون هناك موجب لتعلق رفع الدعوى لإثبات المقابل على تقدير قيمة التركة وسداد الرسم المستحق عليها ، بل يكون لصاحب الشأن من وقت وفاة المورث مصلحة فى رفع دعواه إثبات أن التصرف تم بعوض حتى إذا ما تم حكما لصالحه ليصبح الرسم غير مستحق ، فتوقف مصلحة الضرائب التحصيل إن لم يكن الرسم قد سدد أو ترد إليه إن كان قد حصل ، ولا يغير من ذلك النص فى الفقرة الثالثة من المادة الرابعة سالفة الذكر على انه فى حالة إقامة الدليل على دفع المقابل يرد الى صاحب الشأن رسم الأيلولة المحصل منه ،إذا لم يقصد بهذا النص سوى بيان الأثر المترتب على إثبات جدية التصرف ، هو عدم استحقاق الرسم ورده إن كان قد حل ، ولا يستفاد منه جعل ميعاد رفع الدعوى موقوتا بالانتهاء من تقدير قيمة التركة وتحصيل الرسم ، ولا وجه الاستناد الى المادة الخامسة عشر من القانون رقم 142 لسنة 1944 التى تقضى بأن لصاحب الشأن الذى ترى مصلحة الضرائب أن دينه صورى أو غير ثابت ثبوت كافيا الحق فى مطالبته برد الرسم الذى حصل ولم يكن مستحقا إذ لا علاقة لهذا النص بدعوى إثبات المقابل ، ولكل منهما مجال مستقبل فى التطبيق واذا كانت مناقشات مجلس الشيوخ بشأن المادة الرابعة خالية مما يفيد بأن دعوى إثبات المقابل لا تكون مقبولة إلا بعد سداد الرسم فإن الحكم المطعون فيه إذا خالف هذا النظر ، وجرى في قضائه على عد مقبول دعوى الطاعنين (الورثة) بإثبات المقابل لأنها رفعت قبل تقدير تركة المورث وتحصيل الرسم المستحق عليه فإنه يكون د خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه . (نقض جلسة 1972/6/28 المكتب الفنى السنة 23 رقم 58 ص1170)

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان تقدير كافة أدلة الصورية هو ما تستقل به محكمة الموضوع لتعله بفهم الواقع فى الدعوى ، وكان تقدير أقوال الشهود مرهونا بما يطمئن إليه وجدا أن تلك المحكمة ، فلها أن تأخذ بأقوال شاهد دون آخر حسبما يرتاح إليه وتثق به ولا سلطان لأحد عليها فى ذلك إلا أن تخرج بتلك الأقوال الى ما يؤدى الى مدلولها . (نقض جلسة 1978/11/17 المكتب الفنى السنة 29 رقم 47 ص218)

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قيام عارض من عوارض الأهلية لدى أخذ الخصوم هو ما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى تستقل محكمة الموضوع فى تقدير الدليل عليه ولا شأن للطبيب فى إعطاء الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها وان الأمر فى ذلك لمحكمة الموضوع فى ضوء ما يبديه الطبيب ولا معقب من محكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سائغا . (نقض جلسة 1979/6/12 المكتب الفنى السنة 30 رقم 302 ص620)

مفاد نص المادة 938 من القانون المدنى انه إذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع لمشتر آخر قبل ان يعلن عن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع ، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها ، إلا أن ذلك مشروط بالا يكون البيع الثانى صوريا ، فإذا ادعى الشفيع صوريته وافلح فى إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائما وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له بما يغنى الشفيع من توجيه طلب الشفعة الى المشترى الثانى ، على انه يحب ان يتم إثبات الصورية فى مواجهة المشترى الثانى لأنه هو صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية واثبات جدية عقده ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه ، إذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد قام قضاءه على أن عدم توجيه إجراءات طلب الشفعة فى الميعاد للمشترى الثانى يترتب عليه عدم قبول الدعوى ولو كان البيع الصادر إليه صوريا وحجب الحكم بذل نفسه عن الفصل فى صورية العقد الصادر الى المطعون عليه الأخير والتى لو ثبت ما كان ثمة ما يدعو الشفيع الى توجيه طلب الشفعة إليه فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون . (نقض جلسة 1979/11/27 المكتب الفنى السنة 30 رقم 351 ص72)

من المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة أن ثبوت واقعة الغلط مسألة موضوعية تستقل محكمة الموضوع بتقدير الأدلة فيها وأن تقدير الدليل مما تستقل به محكمة الموضوع التى لها ان تأخذ بما تطمئن إليه من الأدلة دون ما حاجة للرد على ما لم تأخذ به منها طالما قام حكمها على أسباب سائغة ولما دام هذا التقدير لا خروج فيه على الثابت بالأوراق ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أورد فى مدوناته أسباب موضوعية سائغة تكفى لحمل قضاءه بان المطعون عليه لم يكن يعلم عند الزواج ان الطاعنة ثيب مما لا تجوز المجادلة فيها أمام محكمة النقض ، ولا يعيبه بعد ذلك انه لم يرد على القرائن التى ساقتها الطاعنة للتدليل على ذلك العلم ، فيكون النعى – عليه بالقصور فى التسبيب – على غير أساس . (نقض جلسة 1975/11/19 المكتب الفنى السنة 26 رقم 272 ص1444)

إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فيها انتهى إليه من صورية عقد الإيجار الى عديد من القرائن والى ما شهد به شاهد المطعون عليه ، وإذا كانت هذه الشهادة تعتبر دعامة تكفى لحمل الحكم ولم تكن محل تعييب من الطاعن ، فإن النعى على الحكم لاستناده الى ما ساقه من قرائن ، أيا كان وجه الرأى فيه لن يكون نعيا غير منتج ولا جدوى منه . (نقض جلسة 1977/5/4 المكتب الفنى السنة 28 رقم 114 ص1125)

إذا كان الحكم المطعون فيه قد أخطأ إذا اعتبر المشترين خلفا عاما لمورثهم بالنسبة الى التصرف الصادر منه إليهم بعقدى بيع مشهر تسرى فى حقهم ورقة الضد الصادرة من المورث ولو لم تكن مشهرة ثم رتب على ذلك قضاء بعدم نفاذ هذين العقدين فى مواجهة الآخر المشترى لذات العين المبيعة ، وكان محكمة الاستئناف قد حجبت نفسها بهذا الخطأ عن تحقيق دفاع هؤلاء المشترين عن عدم علمهم بورقة الضد ومضمونها على الرغم مما لحسن النية أو سوئها من الأهمية ، فى تحديد حقوق المشترى من احد طرفى العقد الصورى ، فإن الحكم المطعون قد يكون معيبا بالخطأ فى القانون والقصور فى التسبيب . (نقض جلسة 1972/11/28 المكتب الفنى السنة 23 رقم 202 ص1285)

آثـــار البطــــلان

الآثار المترتبة على البطلان

تنص المادة 142 من قانون المدنى على أن " 1- فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل . 2- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد .

والبطلان بين المتعاقدين يترتب على القضاء بتقرير بطلان العقد أو إبطاله ، اعتبار العقد كأن لم يكن ، فيعود المتعاقدان إلى الحالة التى كان عليها قبل التعاقد ، ففى البيع يلتزم البائع برد الثمن وفوائده من وقت المطالبة القضائية ، كما يلتزم المشترى برد المبيع وثماره من وقت هذه المطالبة . (أنور طلبه ص648 ، مرجع سابق)

فإذا استحال الرد ، كما إذا كان المبيع قد هلك فى يد المشترى بخطأ منه ، طبق القاضى قواعد المسئولية التقصيرية ، لا المسئولية العقلية ، فيقتضى على المشترى برد قيمة المبيع وقت الهلاك ، ويلزم البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق. (عبد الحميد الشواربى ص1859 ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " دعوى صحة التوقيع هى دعوى تحفظية الغرض منها إثبات أن التوقيع الموضوع على المحرر هو توقيع صحح صادر من يد صاحبه ، ويكفى لقبول الدعوى وفقا لما تقضى به المادة الثالثة من قانون المرافعات أن يكون لرافعها مصلحة قائمة يقرها القانون ، ولما كان الحكم فى الدعوى – السابقة – برفض طلب الطاعن صحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه من المطعون عليه لبطلانه لا ينفى أن للطاعن مصلحة فى الحصول على حكم بصحة التوقيع على عقد البيع المشار إليه ذلك أن بطلان هذا العقد يترتب عليه طبقا للمادة 1/142 من القانون المدنى أن يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها العقد ، فيسترد كل ما أعطاه مما يكون معه للطاعن مصلحة فى طلب إثبات صحة توقيع المطعون عليه على المحرر سالف الذكر ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقرر انه لا مصلحة للطاعن فى رفع دعواه بصحة التوقيع على عقد البيع الصادر إليه من المطعون عليه بعد إن حكم ببطلان هذا العقد ورتب على قضاءه بعدم قبول الدعوى فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون " (1974/11/19 طعن 357 لسنة 39ق – م نقض م – 25 – 1250) .

وبأنه " وان كانت المادة 228 من قانون التجارة قد اعتبرت الجزاء الذى يجوز توقيعه فى حالة إبرام المفلس عقودا بمقابل فى فترة الربة هو البطلان ، إلا انه فى حقيقته ليس بطلانا بالمعنى القانونى لان البطلان يترتب عليه انعدام اثر العقد بالنسبة للمتعاقدين بينما العقد الذى يقضى ببطلانه طبقا لتلك المادة يظل صحيحا ومنتجا لآثاره فيما بين عاقديه وإنما لا ينفذ فى حق جماعة الدائنين فالجزاء فى حقيقته هو عدم نفاذ التصرف فى حق هذه الجماعة ومن ثم فلا يجوز للمشترى من المفلس الذى يقضى ببطلان عقده طبقا للمادة المذكورة أن يستند فى مطالبة التفليسة برد الثمن الذى دفعه للمفلس إلى المادة 142 من القانون المدنى لأنها خاصة بالحالة التى يقضى فيها بإبطال العقد أو ببطلانه بالنسبة للمتعاقدين " (1967/3/20 طعن 188 لسنة 33ق – م نقض م – 18- 725)

إذا كان العقد من العقود القابلة للإبطال ، وكان المتعاقد لا يمتنع بالأهلية كما إذا كان قاصرا ، وأبطل العقد لهذا السبب ، فإن ناقص الأهلية يسترد ما دفع ، ولكنه لا يلتزم نحو المتعاقد الآخر إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، فإذا لم تعد عليه منفعة أصلا فلا يرجح عليه بشئ ، كما إذا كان العقد بيعا ، فترف فى الثمن الذى تسلمه فى نزهة مثلا ، أو باع العين المبيعة ثم تصرف فى ثمنها ويقتصر الرد على اقل القيمتين ، قيمة ما أخذ والمنفعة التى عادت عليه . (عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " تنص الفقرة الثانية من المادة 142 من القانون المدنى على أن ناقص الأهلية لا يلزم – إذا أبطل العقد لنص أهليته – أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد بما يعنى أن الرد فى هذه الحالة لا يكون واجبا إلا وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب وهو ما نصت عليه المادة 186 من ذات القانون بقولها انه اذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما الا بالقدر الذى اثر به ، مما يفصح عن ان المشرع قرر قصر التزام المثري ناقص الأهلية بالرد على قدر النفع الحقيقى الذى عاد عليه فلا يلزم برد ما أضاعه أو أنفقه فى غير مصلحته " (1979/3/15 فى الطعن 450 لسنة 46ق – م نقض م – 30 العدد الأول – 809) وبأنه " عبء الإثبات فى بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفى تقدير مدى إثرائه يقع على الدافع الذى يطلب رد ما دفع ، فإن عجز عن الإثبات كان ذلك موجبا فى ذاته لرفض طلبه " (الحكم السابق)

أثر البطلان بالنسبة للغير :

متى قضى بالبطلان وأصبح الحكم نهائيا ، فإن حقوق الغير التى تعلقت بالعقار محل العقد يتحدد مدى نفاذها فى حق المالك بحسب تاريخ تسجيل صحيفة دعوى البطلان أو التأشير بها على هامش تسجيل العقد الباطل إن كان قد سجل قبل رفع الدعوى .

فإن كان الغير الذى تلقى العين قام بالتسجيل قبل تسجيل صحيفة دعوى البطلان ، استقرت له الملكية بشرط أن يكون حسن النية اى لا يعلم بالعيب الذى شاب عقد من تلقى الحق منه وان يكون هذا العقد خلوا مما يدل على بطلانه لان العقد لو تضمن ذلك وادعى من تلقى الحق انه لم يطلع عليه ولم يعلم ما تضمنه يكون قد ارتكب خطأ جسيما يوصم مرتكبه بسوء النية فإن كان من تلقى الحق سيئ النية ابتداء ، فإن الملكية لا تنتقل اليه ويحاج بالبطلان ، والعبرة بتوافر حسن النية وقت إبرام العقد لا وقت تسجيله ، ويفترض فى من تلقى الحق حسن النية ومن ثم يقع على طالب البطلان إثبات سوء نيته وله ذلك بكافة الطرق ، أما إن كان الغير قد سجل تصرفه بعد تسجيل صحيفة دعوى البطلان أو التأشير بها ، فإنه يحاج بالحكم الذى يصدر بالبطلان وفقا لما تنص عليه المادتين 15 و17 من قانون الشهر العقارى .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " ترتيب الأثر الرجع لبطلان عقد البيع وان كان يقتضى اعتبار ملكية المبيع لم تنتقل من البائع إلى المشترى بسبب العقد ، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكسب هذا المشترى أو الغير تلك الملكية بسبب آخر من أسباب كسب الملكية إذا تحققت شرائطه القانونية " (1964/12/3 طعن 20 لسنة 30ق – م نقض م- 15- 1091)

الالتزام بالرد فى حالة عدم المشروعية :

كان السائد فى حالة تقرير البطلان لعدم مشروعية المحل أو السبب كالحال فى الرشوة أو الاتصال الجنسى غير المشروع أو المقامرة أو بيع مخدر أو سلاح ممنوع بيعه بغير ترخيص أو بيع سلعة مسعرة بأكثر من السعر المقرر أن الطرف الملوث اى الذى أتت عدم المشروعية من جهته لا يجوز له استرداد ما دفع نفاذا للعقد .

(يراجع السنهورى بند 338 والدكتور جميل الشرقاوى فى مؤلفه عن البطلان ص 408 و 409 وهامشهما فى تفصيل القاعدة وأمثلة عليها من القضاء- مرقس فى نظرية العقد بند 238 – فتحى عبد الرحيم بند 264) وكان المشروع التمهيدى ينص على هذه القاعدة فى الفقرة الثانية من المادة 201 منه وان كان يقصر تطبيقها على العقود المخالفة للاداب العام ، ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة لأنه لا يتفق مع منطق البطلان ، ومن ثم اجمع الفقه على عدم جواز إعمالها والاعتراف لكل من طرفى العقد الباطل باسترداد ما دفعه ولو كان البطلان يرجع الى عدم المشروعية (السنهورى بند 338 – مرقس بند 238 – حجازى بند 493 – الشرقاوى)

الحكم بالتعويض مع الرد :

ويجوز مع الرد الحكم بالتعويض إذا ما صحاب التصرف الباطل خطأ من احد طرفيه نتج عنه ضرر ، كما لو كان سبب البطلان أتيا من جهة لحد العاقدين وكان الطرف الآخر يعتقد صحة العقد وبنى تعامله على أساس هذا الاعتقاد ، وقد ذهب البعض إلى اعتبار المسئولية عن التعويض مسئولية عقدية رغم بطلان العد على أساس القول بنظرية الخطأ عند تكوين العقد وقد كان المشروع التمهيدى ينص على ذلك فى المادة 204 منه ولكن النص حذف فى لجنة المراجعة ، ومن ثم استقر الرأى على أن المسئولية عن التعويض فى هذه الحالة هى مسئولية تقصيرية باعتبار العقد الباطل واقعة مادية ، ومن ثم يقع على عاتق من يطالب بالتعويض إثبات عناصر المسئولية من خطأ وضرر ورابطة سببية ، ويتقيد التعويض بما يتقيد به التعويض فى المسئولية التقصيرية سواء فى الأهلية أو المدى أو الإعذار أو التضامن أو الإعفاء منه.

وأساس الحكم بالتعويض المعادل – فى حالة إبطال العقد أو بطلانه مع استحالة إعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبله – إنما هو المسئولية التقصيرية . (نقض 1969/6/4 س20 ص818)

إنقاص العقد :

تنص المادة 143 من القانون المدنى " إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله "

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المصرى الجديد أن أحكام المادة اقتبست من التقنينات الجرمانية ، ومن بينه التقنين الألماني وتقنين الالتزامات السويسرى والتقنين البولونى بوجه خاص (انظر أيضا المادة 327 من التقنين التونسى والمادة 308 من التقنين المراكشى) ، وهى تعرض لانتقاص العقد عندما يرد البطلان المطلق أو النسبى على شق منه ، فلو فرض أن هبة اقترنت بشرط غير مشروع ، أو أن بيعا ورد على عدة اشياء ، وقع العاقد فى غلط جوهرى بشأن شئ منها ، ففى كلتا الحالتين لا يصيب البطلان المطلق أو النسبى من العقد إلا الشق الذى قام به سببه ، وعلى ذلك يبطل الشرط المقترن بالهبة بطلانا مطلقا ، ويبطل البيع فيما يتعلق بالشئ الذى وقع الغلط فيه بطلانا نسبيا ، ويظل ما بقى من العقد صحيحا ، باعتباره عقدا مستقلا ، ما لم يقم من يدعى البطلان الدليل على ان الشق الذى بطل بطلانا مطلقا او نسبيا لا ينفصل عن جملة التعاقد (قارن المادة 139 من التقنين الالمانى ، والمادتين 327 /308 من التقنين التونسى والمراكشى ، وهى تلقى عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بصحة ما بقى من أجزاء العقد) ، وغنى عن البيان ان هذه الأحكام التشريعية ليست إلا مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين .

وهذا النص يضع القاعدة العامة لما يسمى بالبطلان الجزئى لجزء من المعاملة (العقد) التى يبرمها الأفراد ، إذا كان البطلان لا يمس الا جزءا منها ، وإبقاء باقيها صحيحا ، إلا إذا تبين أنها ما كانت لتم بأكملها بغير الجزاء الذى وقع باطلا ، فعنذئذ يمتد البطلان إليها بأكملها . (جميل الشرقاوى ، مرجع سابق)

يشترط لانتقاص العقد بقصر البطلان على جزء منه دون آخر ألا يتعارض ذلك مع قصد العاقدين بأن يتبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الباطل أو القابل للإبطال كان يكون هذا الشق هو الشق الرئيسى فى العقد ، أو تكون جميع شروط العقد مرتبطة ببعضها بحيث يتعذر فصل احدها عن الآخر فالعبرة بنية الطرفين دون الاعتداد بقابلية المحل للانقسام . (يراجع حجازى فى البنود 482 حتى 483 مكررا – مرقس فى نظرية العقد بند 241 – السنهورى بند 305 – وما بعدها – فتحى عبد الرحيم بند 257)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " يشرط لإبطال العقد فى شق منه بالتطبيق للمادة 143 من القانون المدنى مع بقائه قائما فى باقى أجزائه ، ألا يتعارض هذا لانتقاص مع قصد العاقدين بحيث إذا تبين أن أيا منهما ما كان ليرضى إبرام العقد بغير الشق المعيب فان البطلان لابد أن يمتد الى العقد كله ولا يقتصر على هذا الشق وحده" (1973/4/21 طعن 11 لسنة 37ق – م نقض م – 24- 649) وبأنه " لا يكفى لإبطال العقد فى شق منه بالتطبيق للمادة 143 من القانون المدنى مع لقائه قائمة فى باقى أجزائه أن يكون المحل مما يقبل الانقسام بطبيعته بل يجب أيضا لا يكون هذا الانتقاص متعارضا مع قصد المتعاقدين بحيث إذا تبين أن أيا من العاقدين ما كان ليرضى إبرام العقد بغير الشق المعيب فان البطلان أو الإبطال لابد أن يمتد الى العقد كله ولا يقتصر على هذا الشق وحده " (1968/5/16 طعن 404 لسنة 34ق – م نقض م – 19 – 954) وبأنه " لا تناقض فى قضاء الحكم بصحة ونفاذ العقد عن جزء من الأطيان المبيعة وإبطاله فيما زاد عن ذلك عملا بالمادة 143 من القانون المدنى ومقتضاها انه إذا كان العقد فى شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذى يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا وهو ما لم يقم الدليل عليه باعتباره لا ينفصل عن جملة التعاقد " (1976/1/21 طعن 110 لسنة 40 ق- م نقض م – 27- 257) وبأنه " مفاد نص المادة السادسة من القانون رقم 121 لسنة 1947 أن الأحكام التى تصدر من دوائر الإيجارات بالمحاكم الابتدائية بتحديد القيمة الايجارية طبقا لتلك المادة لا يترتب عليها سوى بطلان الاتفاق الخاص بالأجرة المسماة فى العقد وردها الى الحد القانونى دون مساس بشروط العقد الأخرى التى لا مخالفة فيها للقانون فتظل نافذة بين العاقدين منذ نشوء العقد " (1966/5/24 طعن 65 لسنة 31 ق- م نقض م – 17 – 1216)

كما قضت بأنه " يشترط لتطبيق نظريتى الانتقاص والتحول المنصوص عليها فى المادتين 143 و 144 من القانون المدنى أن يكون العقد فى شق منه أو كله باطلا أو قابلا للإبطال فإذا كان العقد قد علق على شرط لم يتحقق ، فإن مؤدى ذلك هو عدم إعمال حكم المادتين المشار إليهما فى شأنه " (1966/6/14 طعن 243 لسنة 31ق – م نقض م – 17 1359)

ويقع عبء إثبات تعارض الانتقاص مع قصد العاقدين على عاتق المتمسك بالبطلان:

فقد قضت محكمة النقض بأنه " أن قضاء هذه المحكمة جرى على أن المادة 143 من القانون المدنى تنص على انه " إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله ، ومفاد ذلك انه ما لم يقم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفل عن جملة التعاقد يظل ما بقى من العقد صحيحا باعتباره عقدا مستقلا ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده ، كما أن مقتضى نص المادة 225 من القانون المدنى انه لا يجوز للدائن أن يطالب فى حالة إذا ما جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بإبطال العقد الابتدائي المؤرخ 1980/12/31 بالنسبة لمسلحة 20س/18ط من اجمالى الأطيان البالغ مساحتها 4ط /1ف فإن بطلان هذا الشق لا يترتب عليه بطلان العقد كله مادام أن الطاعن بصفته لم يقم الدليل على أن الشق الباطل لا ينفصل عن جملة التعاقد ، وعلى ذلك فإن العقد الابتدائي سالف البيان يظل صحيحا فى باقى بنوده ومنها البند التاسع منه الذى تضمن النص على الشرط الجزائى فى حالة عدم إتمام البيع لاى سبب مادام لم يثبت ان المطعون ضدهم الستة الأول قد ارتكبوا غشا أو خطأ جسيما " (2000/5/16 طعن 6670 سنة 62ق)

وبأنه " تنص المادة 143 من القانون المدنى على انه " إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل إلا إذا تبين ان العقد ما كان يتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله " ومفاد ذلك انه ما لم يقم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد يظل ما بقى من العقد صحيحا باعتباره عقد مستقلا ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده ،

لما كان ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة اقتصرت فى تمسكها ببطلان عقد الوكالة على مجرد اشتماله على شرط تقدير أجرة الوكالة بنسبة من صافى التركة بعد التصفية على خلاف ما تقضى به المادة 44 من قانون المحاماة رقم 96 لسنة 1975 المنطبق على الواقعة وعلى شرط جزائي يلزمها بان تدفع للوكيل مبلغ .. إذا عزلته فى وقت غير مناسب فإن بطلان هذين الشرطين أو احدهما لا يترتب عليه بطلان العقد كله مادامت هى نفسها لم تقم الدليل على أن الشق الباطل لا ينفصل عن جملة التعاقد ويضحى نعيها ببطلان العقد فى غير محله" (1975/12/31 طعن 540 لسنة 42ق – م نقض م – 26- 1757) . (راجع فيما سبق محمد كمال عبد العزيز 887 وما بعدها ، مرجع سابق)

تحـــول العقــد :

تعرض مسالة تحول التصرف القانونى ، إذا كان هناك تصرف باطل ، يتضمن عناصر تصرف آخر صحيح ، يظهر نتيجة لبطلان التصرف الأول ، فيتحول التصرف الباطل إلى هذا التصرف الصحيح ، ويعتبر بعض الفقه ، تحول التصرف الباطل إلى تصرف صحيح ، من آثار التصرف الباطل ، ولذا يقولون أن التصرف الباطل ينتج أثرا فى هذه الحال .

وتنص المادة 144 من القانون المدنى " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد " .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى أن أحكام المادة استبقت من التقنين الالمانى ، بيد أن فكرة تحويل العقد أو انقلابه أدق من فكرة الانتقاض التى تقدمت الإشارة إليها ، فليس يرد أمر التحويل إلى مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين ، بل الواقع أن القاضى يحل نفسه محلهما ، ويبدلهما من عقدهما القديم عقدا جديدا يقيمه لهما ، ويشترط لأعمال أحكام التحويل أن يكون العقد الأصيل باطلا أو قابلا للبطلان ، فإذا كان صحيحا فلا يملك القاضى بوجه من الوجوه أن يحل محله عقدا آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لهما أمره ، ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديدة الذى يقيمه القاضى قد توافرت جميعا فى العقد الأصيل ، الذى قام به سبب من أسباب البطلان . فلا يملك على اى تقدير ، ان يلتمس عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصيل ،

ويشترط أخيرا أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى الارتباط بالعقد الجديد ، لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصيل من أسباب البطلان ، ويستخلص مما تقدم أن سلطة القاضى فى نطاق التحويل ليست سلطة تحكمية ، فإذا كان يتولى عن العاقدين إعادة إنشاء التعاقد إلا انه يسترشد فى ذلك بإرادتهما بالذات . وليست الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود قصد بها أن تحد من إطلاق تقدير القاضى ، على نحو يتيح تقريب الشقة ما أمكن بين نية المتعاقدين المفترضة ونيتهما الحقيقية . ولعل اعتبار الكمبيالة التى لا تستوفى ما ينبغى لها من الشروط الشكلية سندا أذنيا ، أو مجرد تعاقد مدنى ، من ابرز التطبيقات العملية التى يمكن أن تساق فى صدد فكرة التحويل .

يتبين إذًا انه " إذا وقع العقد باطلا أو كان قابلا للإبطال ، وأقام الطرف الذى يرغب فى التمسك بهذا البطلان دعوى بذلك ، فطلب الطرف الآخر من المحكمة تحويل هذا العقد إلى عقد آخر ، ففى هذه الحالة تلتزم المحكمة بهذا الطلب ، وهى فى سبيل بحثه تحل نفسها العاقدين فتبدلهما من عقدها القديم عقدا جديدا تقيمه لهما ، ومن ثم فليس للمحكمة أن تقضى بتحول العقد المطلوب إبطاله إلى عقد آخر من تلقاء نفسها والا تكون قضت بما لم يبطله الخصوم . (أنور طلبه ، مرجع سابق)

يشترط لتحول العقد الباطل توافر أربعة شروط أولها : أن يكون هناك تصرف باطل ، وثانيهما : أن يكون هناك اختلاف فى الطبيعة بين التصرف الباطل والتصرف الذى يتحول إليه ، وثالثها : أن يتضمن التصرف الأول عناصر التصرف الثانى دون أن يضاف إلى هذا التصرف الآخر عنصر جديد فلو انصب البيع ارض غير مملوكة للبائع فلا يتحول العقد الى بيع منزل مملوك له حتى لو ثبت أن العاقدين كانا ليقبلا ذلك لو علما بعدم ملكية البائع للأرض ، ورابعهما : أن نية الطرفين كانت تتجه إلى التصرف الثانى لو علما ببطلان التصرف الأول . (الشرقاوى بند 50 – السنهورى بندى 306 و 307 – حجازى بند 484 وما بعدها – مرقس فى نظرية العقد بند 241 – الصدة بند 271 وما بعهدها – فتحى عبد الرحيم بند 257)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " فكرة تحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح تفترض قيام العقد الجديد بين نفس العاقدين بصفاتهما التى اتصفا بها فى العد القديم ، فليس فى سلطة القاضى إجراء اى تغيير فى هذه الصفات لخروج ذلك عن نطاق التحول ، لما كان ذلك فان تحول العقد يكون ممتنعا إذا كان يستلزم ذلك إدخال متعاقد جديد ليعقد العقد ، وغذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يقض بتحول العقد الاصلى الصادر من المطعون عليه بصفته ممثلا لغيره إلى بيع جديد صدر منه بصفته الشخصية ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو خطأ فى تطبيقه " (1970/11/26 طعن 160 لسنة 36ق – م نقض م – 21- 1176) وبأنه " تحول العقد الباطل إنما يكون فى حالة بطلان الصرف مع اشتماله على عناصر عقد آخر تكون نية قد انصرفت الى قبوله دون إدخال عنصر جديد عليه ، ولما كان الثابت أن محكمة أول درجة قد انتهت الى بطلان الاتفاق المبرم بين الطرفين على أساس أن الموقعين عليه لا يملكون التعاقد نيابة عن هيئة الاذاعة ، فإن القول بإمكان تحول عقد لم ينشأ يكون على غير أساس (1970/1/29 طعن 464 لسنة 35ق – م نقض م – 21- 213) وبأنه " تشترط المادة 144 من القانون المدنى لتحول العقد الباطل الى عقد آخر أن تتوافر فيه أركان عقد آخر صحيح وان يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى الارتباط بالعقد الجديد او أنهما تبينا ما بالعقد الاصلى من أسباب البطلان وإذا كان عقد التحكيم لا تتوافر فيه أركان عقد آخر يمكن أن تكون نية الطرفين قد انصرفت الى الارتباط فان عقد التحكيم متى قام به سبب من أسباب البطلان لا يمكن أن يتحول الى عقد آخر ملزم للمتعاقدين لان المحتكمين لم يقبلا بموجب عقد التحكيم إلا الالتزام بالحكم الذى يصدره المحكم فإذا لم يصدر هذا الحكم تحلالا من مشارطة التحكيم " (1968/11/28 طعن 407 لسنة 34ق – م نقض م – 1420/19) وبأنه " من الجائز أن يتحول الإجراء الباطل الى إجراء صحيح إذا كانت العناصر الباقية غير المعيبة يتوافر بموجبها إجراء آخر صحيح " (1969/12/20 طعن 422 لسنة 35ق م نقض م – 20- 1248) وبأنه " تحول العقد الباطل الى عقد آخر . شرطه . أن تتوافر فيه أركان عقد صحيح وثبوت انصراف نية المتعاقدين الى الارتباط بالعقد الجديد لو تبينا بطلان العقد الاصلى . التعرف على هذه النية من مسائل الواقع ، استقلال قاضى الموضوع بتقديرها مادام بنى رأيه على أسباب سائغة " (نقض 1994/12/12 طعن 336 ، 602 س 57ق)

وبأنه " المادة 144 من القانون المدنى تشترط لتحول العقد الباطل ، أن تتوافر فيه أركان عقد آخر صحيح وان يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الاصلى من أسباب البطلان ، وتعرف هذه النية من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا معقب عليه فى ذلك متى أقام رأيه على أسباب تسوغه " (نقض 1983/11/24 طعن 502 س50 ق) وبأنه " كان الطاعن قد أبرم عقد بدل وتمسك بأن هذا العقد نظم الانتفاع بالأطيان الزراعية محل العقد الباطل مما تتوافر معه شروط المادة 144 من القانون المدنى ، إلا أن محكمة الاستئناف خلصت الى أن عقد البدل لا تتوافر فيه أركان عقد آخر صحيح يمكن أن تكون نية الطرفين قد انصرفت الى الارتباط به ، وقررت محكمة النقض أنه استخلاص سائغ ولا مخالفة فيه للثابت فى الأوراق . وبأنه " يشترط تطبيق نظريتى الانتقاص والتحول المنصوص عليهما فى المادتين 143 و144 من القانون المدنى ، أن يكون العقد فى شق منه أو كله باطلا أو قابلا للإبطال ، فإذا كان العقد قد علق على شرط لم يتحقق ، فإن مؤدى ذلك هو عدم أعمال حكم المادتين المشار اليهما فى شأنه " (نقض 1966/6/14 س17 ص1359)

الخطأ عند تكوين العقد :

كانت المادة 204 من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تنص على انه :

" 1- إذا كان العقد باطلا أو قابلا للبطلان ، فعلى الطرف الذى يتمسك بالبطلان ان يعوض الطرف الآخر عن الضرر الذى لحقه بسبب اعتقاده صحة العقد دون أن تتجاوز قيمة التعويض قدر المنفعة التى كانت تعود عليه لو كان العقد صحيحا .

2- على انه لا محل للتعويض إذا كان من أصابه الضرر من بطلان العقد له يد فى وقوع هذا البطلان ، أو كان يعلن بسببه أو ينبغى أن يعلم به "

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى انه بهذه المادة يستكمل المشروع طائفة من النصوص أخذها جميعا عن التقنين الالمانى ، فقد بدأ بانتقاض العقود ، وعقب على ذلك بالتحويل وانتهى الى نظرية الخطأ فى تكوين العقد ، وقد تقدمت الإشارة الى ما ورد به من تطبيقات تشريعية خاصة لهذه النظرية فى معرض الأحكام المتعلقة بعيوب الرضاء ، فيجوز لمن اعتقد بحسن نية صحة عقد ارتباط به ، ثم تبين فيما بعد انه خدع فى إبلاء ما أولى به من ثمة مشروعة ، وان هذا العقد باطل لاستحالة المحل أو قابل للبطلان – كما الشأن فى بيع ملك الغير – أن يطلب الى العاقد الآخر تعويض الضرر الذى لحقه من جراء هذا البطلان ، مطلقا كان أو نسبيا ، ولا محل للتفريق فى هذا الصدد بين علم هذا العاقد بسبب البطلان او جهله به .

تصحيح العقد الباطل :

نص المادة 25 من القانون رقم 136لسنة 1981 – يدل – على أن المشروع أراد أن يعالج فى هذا النص القانونى حالات الحظر التى نصت عليه قوانين إيجار الأماكن المختلفة وللتعرف على قد المشرع من هذا النص المستحدث يتعين تأصيل حالات البطلان والآثار المترتبة عليه والطريقة التى عالج بها المشرع حالاته ، فالبطلان إما أن يرجع الى اعتبارات شكلية أو الى اعتبارات موضوعية ففى الحالة الأولى إما أن يرجع الى اعتبارات شكلية أو الى اعتبارات موضوعية ففى الحالة الأولى يكون العقد الذى لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلا ولكن بالقدر الذى يتطلبه القانون من الشكل ولما كان الشكل من صنع القانون فإن القانون هو الذى يعين له الجزاء الكافى فى حالة الإخلال به ، أما إذا رجع البطلان إلى اعتبارات موضوعة كما هو الحال فى انعدام احد الأركان الثلاثة – الرضا والمحل والسبب – فإن هذا البطلان هو الذى يخضع للقواعد العامة وقد عالج المشرع هذا النوع من البطلان بالقواعد المنصوص عليها للقواعد العامة وقد عالج المشرع هذا النوع من البطلان بالقواعد المنصوص عليها فى المواد 141 ، 142 ، 144 من القانون المدنى وتخلص فى أن العقد منعدم كأصل

ولا ينتج آثارا ولكل ذى مصلحة أن يتمسك به وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة وفى حالة البطلان يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد وإلا جاز الحكم بالتعويض ويتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح إذا توافرت فيه أركان العقد الأخير دون إضافة لأى عنصر جديد إليه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى إبرامه . (نقض 1994/4/14 طعن 7448 س63ق)

أحكــام النقــض :

العقد أو الإتفاق بين طرفين أو أكثر محل الالتزام فيه أو سببه مخالفاً لنص من نصوص قانون العقوبات. اعتباره باطلاً. وقوع الجريمة. لا يعفي هذا الإتفاق من العقاب. علة ذلك. عدم تطابق الجزاء المدني والجزاء الجنائي، بطلان العقد وفقاً لقواعد القانون المدني لا يمنع المشرع الجنائي من العقاب على الإخلال به رغم ذلك. م 135 مدني. (الطعن رقم 7790 لسنة 74 ق – جلسة 2006/4/4)

إن كل عقد أو اتفاق بين طرفين أو أكثر يكون محل الالتزام فيه أو سببه مخالفاً لنص من نصوص قانون العقوبات يعد باطلاً ولا يعفي هذا الاتفاق من العقاب إذا وقعت الجريمة لأن كل جريمة تمثل اعتداء على النظام العام، وبالإضافة إلى العقوبات الجنائية فإن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً فيبدو التكامل التام بين قانون العقوبات والقانون المدني وقد نص على ذلك صراحة في المادة 135 من القانون المدني، إلا أنه لا تطابق ضروري أو طبيعي بين الجزاء المدني والجزاء الجنائي فقد يكون العقد باطلاً وفقاً لقواعد القانون المدني ولكن المشروع الجنائي يعاقب جنائياً من خان الأمانة في هذا العقد اكتفاءاً بمجرد وجوده، والعقد قد يكون صحيحاً فلا يبطله معاقبة من خان الأمانة. (الطعن رقم 7790 لسنة 74 ق جلسة 2006/4/4)

ثبوت تحقق الصالح العام بصدور قرار تقسيم أرض النزاع من إلحاق المرافق العامة بالملكية العامة للدولة. ذكر رقم قرار التقسيم في العقد. تحققه مصلحة خاصة لمن تلقى الحق. لا مخالفة لمحل الالتزام في العقد أو سببه لنص المادة 1/67 من ق 3 لسنة 1982. علة ذلك. عدم تمسك المشتري ببطلان العقد واعتداده به وتمسكه بنفاذه. النعي عليه بالبطلان المطلق لعدم النص فيه على قرار اعتماد التقسيم وقائمة الشروط الخاصة به وسريانها على المشتري وخلفائه. على غير أساس. (الطعن رقم 7790 لسنة 74ق – جلسة 2006/4/4)

لما كان سبب الالتزام ومحله في عقد البيع موضوع النزاع لا مخالفة فيه للنظام العام بعد أن ثبت صدور قرار تقسيم الأرض إذ تحقق الصالح العام بصدوره من إلحاق المرافق العامة بالملكية العامة للدولة، ومن ثم فإن ذكر رقم قرار التقسيم في العقد لا يحقق مصلحة عامة وإنما يحقق مصلحة خاصة لمن تلقى الحق حتى يكون على بينة عند التعاقد ولا مخالفة لمحل الالتزام في العقد أو سببه لنص المادة 1/67 من القانون 3 لسنة 1982، إذ لا يعتبر ذكر رقم قرار التقسيم في العقد من مكونات محل العقد أو سببه ولاستقلال الجزاء الجنائي المترتب على هذه المخالفة عن الجزاء المدني المرتب عليها وهو بطلان العقد بطلاناً نسبياً مقرراً لمصلحة المشتري، ولما كان الأخير لم يتمسك ببطلان العقد بل اعتد به وتمسك بنفاذه فإنه لا يعيب الحكم المطعون فيه إذ لم يعرض لهذا الدفاع الغير جوهري ويضحى النعي بهذا السبب على غير أساس (النعي بالبطلان المطلق لعدم النص فيه على قرار اعتماد التقسيم وقائمة الشروط الخاصة به وسريانها على المشتري وخلفائه.) (الطعن رقم 7790 لسنة 74 ق جلسة 2006/4/4)

التصرف. ماهيته. اتجاه الإرادة لإحداث آثار قانونية معينة يستوي في ذلك ترتيب هذه الآثار على إرادة منفردة أو على تلاقي إرادتين أو أكثر. (الطعن رقم 1737 لسنة 58 ق - جلسة 2006/2/13)

التصرف هو اتجاه الإرادة لإحداث آثار قانونية معينة ويستوي في ترتيب هذه الآثار على إرادة منفردة كالوقف أو على تلاقي إرادتين أو أكثر كالبيع والهبة. (الطعن رقم 1737 لسنة 58 ق جلسة 2006/2/13)

التصرف هو إتجاه الإرادة لإحداث آثار قانونية معينة ويستوي في ترتيب هذه الآثار على إرادة منفردة كالوقف أو على تلاقي إرادتين أو أكثر كالبيع والهبة. (الطعن رقم 1737 لسنة 58 ق جلسة 2006/2/13)

الشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة سلطة الخيار بين الفسخ والتنفيذ. مناطه. أن يفيد انفساخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي. وجوب أن تكون صيغته قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ بمجرد حصول المخالفة الموجبة له. م 158 مدني. (الطعن رقم 1116 لسنة 64 ق جلسة 2004/1/12)

النص في المادة 158 من القانون المدني على أنه (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الأعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه) يدل على أن اتفاق الطرفين في العقد على اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه بحكم الاتفاق بغير حاجة للتقاضي بمجرد حصول المخالفة الموجبة له ودون أن يكون للعاقد ولا للقاضي خيار بين الفسخ والتنفيذ يعتبر شرطاً فاسخاً صريحاً طالما كانت عباراته واضحة وصريحة في الدلالة على هذا المعنى أياً كانت الألفاظ أو العبارات التي تخيرها المتعاقدان للتعبير عن هذا الشرط. (الطعن رقم 1116 لسنة 64 ق جلسة 2004/1/12)

اتفاق الطاعن والمطعون ضده على اعتبار عقد لبيع مفسوخاً متى تأخر الأخير في الوفاء بثلاثة أقساط متتالية من الثمن بغير حاجة إلى إعذار أو استصدار حكم بالفسخ. تعبير صريح قاطع الدلالة على وجوب إعمال الشرط الفاسخ الصريح فور إبداء الطاعن رغبته فيه. مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضاءه برفض دعوى الفسخ معتبراً أن الشرط مجرد ترديد للشرط الفاسخ الضمني وأن المبلغ الباقي في ذمة المطعون ضده قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته مع ثبوت تمسك الطاعن في صحيفة دعواه وطوال مراحل النزاع بأن المطعون ضده لم يدفع له سولا المقدم. خطأ ومخالفة للثابت بالأوراق حجباه عن بحث توافر موجبات إعمال الشرط الفاسخ الصريح. (الطعن رقم 1116 لسنة 64 ق – جلسة 2004/1/12)

إذ كان عقد البيع المبرم بين الطرفين قد نص في البند الثاني منه على أنه (تم هذا البيع نظير ثمن إجمالي قدره 35000 جنيه دفع الطرف الثاني للطرف الأول مبلغ 7000 جنيه والباقي قدره 28000 جنيه تدفع على أقساط شهرية كل قسط قيمته 60 جنيه حتى تمام السداد، وإذا تأخر عن سداد ثلاثة أقساط متتالية يحق للطرف الأول فسخ هذا التعاقد واسترداد الشقة موضوع البيع وذلك بدون إنذار أو حكم من المحكمة) وكانت هذه العبارات صريحة وواضحة الدلالة على اتفاق المتعاقدين على الشرط الفاسخ الصريح متى تأخر المشتري في الوفاء بثلاثة أقساط متتالية من الثمن بغير حاجة إلى الإعذار أو استصدار حكم بالفسخ فيقع فور إبداء البائع رغبته فيه وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر ذلك الشرط مجرد ترديد للشرط الفاسخ الضمني فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون

وإذ رفض طلب الفسخ تأسيساً على أن الطاعن أقر في صحيفة الدعوى بقبض مبلغ 33800 جنيها من الثمن البالغ مقداره 35000 جنيهاً وأن المبلغ الباقي من الثمن في ذمة المطعون ضده وهو مبلغ 1200 جنيه قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته رغم أن صحيفة الدعوى قد خلت من ذلك الإقرار الذي نسبه الحكم إلى الطاعن بل أنه تمسك فيها كما تمسك طوال مراحل النزاع بأن المطعون ضده لم يدفع سوى مقدم الثمن ومقداره 7000 جنيه ولم يسدد باقي الثمن ومقداره 28000 جنيه فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف الثابت في الأوراق وقد حجبه خطأ بشقيه عن بحث توافر موجبات إعمال الشرط الفاسخ الصريح. (الطعن رقم 1116 لسنة 64 ق جلسة 2004/1/12)

دعوى الغير ببطلان العقد أو صوريته أو نفاذه أو فسخه، تعلقها برابطة قانونية واحدة بين طرفي العقد. مؤداه. وجوب اختصام العاقدين معاً لقبولها. رفعها على أحدهما دون الآخر. التزامه بإدخال المتعاقد الآخر فيها. وقوف الأخير منها موقفاً سلبياً. اعتبار مركزه القانوني تابعاً لمركز المتعاقد الآخر في شأن الحكم الصادر فيها. (الطعن رقم 8090 لسنة 66 ق "إيجارات" - جلسة 2004/1/26)

المقرر أن دعوى بطلان العقد أو صوريته أو نفاذه أو فسخه التي يرفعها الغير، إنما تتعلق برابطة قانونية واحدة بين طرفي العقد، ولا تحتمل إلا حلاً واحداً بالنسبة للعاقدين وبالتالي فإن الدعوى لا تكون مقبولة إلا باختصام العاقدين معاً فإذا رفعت الدعوى على أحدهما كان لمن رفعت الدعوى عليه أن يدخل من تعاقد معه فإذا وقف من الخصومة موقفاً سلبياً كان مركزه تابعاً للمتعاقد الآخر فيكون الحكم الصادر في الدعوى حكماً له إذا كان قد قضى لصالح المتعاقد الآخر ويكون حكماً عليه إذا كان قد قضى لصالح الغير. (قرب نقض جلسة 1995/6/22 - مجموعة المكتب الفني س 46 ع 1 ص 907)

قضاء الحكم المطعون فيه بنفاذ عقد الإيجار المبرم بين المطعون ضدها وشقيق الطاعنين. مؤداه. اعتبارهما محكوماً لهما على السواء. إغفال الطاعنين اختصام الأخير في الطعن بالنقض باعتباره محكوماً له مع المطعون ضدها. أثره. بطلان الطعن وعدم قبوله. علة ذلك. (الطعن رقم 8090 لسنة 66 ق "إيجارات" جلسة 2004/1/26)

إذ كان الثابت بالأوراق أن الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى نفاذ عقد الإيجار المبرم بين المطعون ضدهما وشقيق الطاعنين "..............." وبالتالي يكونان على سواء محكوم لهما وكان الطاعنون لم يختصموا هذا الأخير بوصفه مؤجراً في عقد الإيجار وباعتباره محكوم له مع المتصرف إليها "المطعون ضدها" على الرغم من اختصامه في الاستئناف فإن الطعن يكون باطلاً لمخالفته لقاعدة إجرائية متعلقة بالنظام العام، ومن ثم فإن الطعن يكون غير مقبول. (قرب نقض جلسة 6/22/ 1995 – مجموعة المكتب الفني س 46 ع1 ص907)

أنه لما كانت الدعوى البوليصية يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين فى حق دائنه كان من الجائز اثارتها كدفع للدعوى التى يرفعها المتصرف اليه بطلب نفاذ هذا التصرف ولا يلزم أن ترفع فى صورة دعوى مستقلة ولا يغير من هذا شيئا أن يكون التصرف مسجلا فإن تسجيله لا يحول دون أن يدفع دائنه فى مواجهة المتصرف اليه الذى يطلب تثبيت ملكيته استنادا الى عقده المسجل بالدعوى البوليصية وليس من شأن تسجيل التصرف أن يغاير من طريقة اعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها. (نقض مدنى جلسة 1950/3/30 طعن رقم 114 سنة 8ق مجموعة القواعد القانونية الجزء الأول ص 649 بند 171)

أن قضاء محكمة النقض قد جرى على جواز التمسك بالدعوى البوليصية كدفع فى الدعوى التى يطلب فيها نفاذ التصرف . (نقض مدنى جلسة 1952/2/14 طعن رقم 72 سنة 20ق مجموعة القواعد القانونية الجزء الأول ص649 بند 172) .

التصرف التدليسى هو ان يشارك المتصرف له المدين فى اجراء تصرف صورى أو اجراء تصرف حقيقى يجعله فى حالة اعسار باخراج جزء من أملاكه عن متناول دائنيه فإذا كان التصرف بيعا فسبيل ابطاله هو الطعن المبنى على الصورية أو على الدعوى البوليصية وفى الحالة الأخيرة يجب التمسك بأن الثمن وهمى أو بخس أو بأنه حقيقى ولكن المتصرف له اشتراك مع المدين فى اخراج هذا الثمن كله أو بعضه من مجموعة أمواله حتى اصبح فى حالة اعسار لا يفى ماله بمطلوب غرمائه – والعبء فى اثبات اعسار المدين بالصفقة المطعون فيها يقع على الدائن . (نقض مدنة جلسة 1936/11/19 طعن رقم 14 سنة 6 ق مجموعة للقواعد القانونية الجزء الأول ص649 بند رقم 173) .

حق الدائن فى طلب ابطال تصرفات مدينه الضارة به يثبت له متى أصبح دينه محقق الوجود . (نقض مدنى جلسة 1951/4/19 لسنة 18 ق مجموعة القواعد القانونية الجزء الأول ص649 بند 169) .

الدعوى البوليصية ليست فى حقيقتها الا دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين الضار بدائنه فى حق هذا الدائن وبالقدر الذى يكفى الوفاء بدينه . (نقض مدنى جلسة 1951/4/19 الطعن رقم 180 سنة 18ق مجموعة القواعد القانونية الجزء الأول ص649 بند 170) .

ليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود . بل هى دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عينى ولا يؤول بمقتضاها الحق العينى اليه أو الى مدينه - بل انها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية ألى المدين - وانما ترجع العين فقط الى الضمان العام للدائنين . (نقض مدنى جلسة 1972/6/13 لسنة 23 عدد ثان 1105) .

النص فى المادة 238 من القانون المدنى على أن المشرع اشترط لعدم نفاذ التصرف بعوض أن يثبت الدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف اليه على الاضرار بحقوق الدائن لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ويكفى لاعتبار الغش متوافرا أن يثبت علم كل من المدين والمتصرف اليه باعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه. (نقض مدنى جلسة 1978/5/8 لسنة 29 عدد أول ص1185) .

أنه وان كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة ألا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبدا ذلك أن العقد الباطل يظل معدوما فلا ينقلب من الزمن صحيحا وانما تتقادم الدعوى به - فلا تسمع بعد مضى المدة الطويلة أما اثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم لأنه دفع و الدفوع لا تتقادم فإذا كان الحكم قد انتهى إلى البطلان سند الدين بطلانا مطلقا فان ذلك يكفى لتقرير نتيجته اللازمة قانونا وهى عدم تقادم الدفوع بهذا البطلان بغير حاجة للاشارة الى ذلك صراحة أو الرد على ما يتمسك به الدائن فى هذا الصدد . (نقض مدنى جلسة 1957/4/11 مجموعة القواعد القانونية الجزء الثالث ص248 بند 19) .

مفاد نص المادتين 237 ، 238 من القانون المدنى ان الغش الواقع من المدين وحده فى عقود المعاوضات لا يكفى لابطال تصرفه بل يجب اثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الاضرار بحقوق الدائن لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرف عليها وأن يثبت أن الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه . (نقض مدنى جلسة 1971/4/27 لسنة 22 عدد ثان ص565 ، نقض مدنى جلسة 1972/12/4 لسنة 24 عدد ثالث ص1213)

الدعوى البوليصية ليست فى حقيقتها - وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين اضرار بدائنه - ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين . بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما . (نقض مدنى جلسة 1972/6/13 لسنة 23 عدد ثان ص1105) .

الدعوى البوليصية ليست دعوى بطلان بل هى فى حقيقتها دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين المعسر اضرارا بدائنه ، وهى بذلك تتضمن اقرار بجدية تصرف المدين فلا يسوغ أن يطلب فيها الغاء هذا التصرف ولا يمس الحكم الصادر فيها صحته به يظل هذا التصرف صحيحا قائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره ولا يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى المدين وانما ترجع فقط الى الضمان العام للدائنين ، اما دعوى الصورية فتقوم على طلب بطلان التصرف لعدم جديته ويستهدف فيها المدعى محو العقد الظاهر وازالة كل أثر له وصولا إلى التقرير بأن العين محل التصرف لم تخرج من مالك المدين . (نقض مدنى جلسة 1981/5/20 السنة 32 جزء ثان ص1549) .

للمشترى الذى لم يسجل عقده بوصفه دائنا للبائع بالتزام نقل الملكية أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل عقده صورية مطلقة وفقا لصريح نص المادة 244 القانون المدنى ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد واثبات بقاء ملكية العقار لمدينه البائع فيحكم له هو بصحة عقده ويسجل هذا الحكم فتنتقل اليه ملكية العين المبيعة ، وهذا أمر لا يتحقق له عن طريق الدعوى البوليصية التى يقتصر الحكم فيها على عدم نفاذ تصرف المدين المعسر اضرارا بحقوق دائنيه ولا يترتب على هذا الحكم أن تعود ملكية العين الى البائع المدين بعد خخروجها بالعقد المسجل بل ترجع الى الضمان العام للدائن وطالما كانت الملكية لا ترتد الى ملك المدين البائع فلن يتسنى له تنفيذ التزامه بنقل الملكية الى المشترى منه بعقد لم يسجل . (نقض مدنى جلسة 1981/5/13 لسنة 22 عدد ثان ص1549) .

الدعوى البوليصية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ليست فى حقيقتها الا دعوى عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين اضرارا بدائنه ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة أثاره القانونية بينهما ، وليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة القانونية بين العقود بل هى دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عينى ولا يؤول بمقتضاها الحق العينى اليه او مدينه بل أنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية الى المدين وإنما ترجع العين فقط الى الضمان العام للدائنين . (نقض مدنى جلسة 1982/5/13 لسنة 33جزء أول ص508)

.

تقدير الدليل على التواطؤ والعلم بإعسار المدين هو من المسائل الموضوعية التى تدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون معقب متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصل ثابت فى الأوراق وتؤدى الى النتيجة التى انتهت إليها . (نقض مدنى جلسة 1978/5/8 لسنة 29 عدد اول ص1185) .

إذا استلزم القانون لسريان التصرف على الغير اتباع إجراءات معينة كاشتراط ثبوت التاريخ . ولم تتم هذه الإجراءات حتى صدور حكم إشهار الإفلاس فإنها لا تسرى فى مواجهة جماعة الدائنين ز ولما كانت المادة 15 من قانون الإثبات قد نصت على أن المحرر العرفى لا يكون حجة على الغير فى تاريخه إلا أن يكون له تاريخ ثابت فإذا لم يكتسب العقد الذى صدر من المفلس تاريخا ثابتا قبل صدور حكم شهر الإفلاس فانه لا يحتج به فى مواجهة جماعة الدائنين وهو ما يتفق والحكمة التشريعية التى تغياها المشرع من اشتراط ثبوت التاريخ بالنسبة للغير وهى منع ما يقع فى المحررات العرفية عن طريق تواريخها غشا وإضرارا بالغير . (نقض مدنى جلسة 1980/12/22 لسنة 31 ص2078) .

المشرع حرص على انصراف آثار التصرفات لأصحاب الحق فيها ووضع قاعدة عامة حاصلها " أنه فى عقود المعاوضة المالية التى يستوى فيها أن يتعامل المتعاقد مع من ابرم معه العقد بحسبانه أصيلا أو نائبا سواء كانت علاقة الوكالة ظاهرة أو مستترة يجوز لأى من المتعاقدين متى كان حسن النية ، كما يجوز للغير أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن من ابرم العقد كان نائيا عن غيره لكى تضاف آثار العقد للأصيل . (نقض 1997/12/8 طعن 6036س 66ق)

انتهاء الحكم الناقض إلى نفاذ التصرف المبرم بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية فى مواجهة صاحب الحق وإحالة الدعوى إلى محكمة الاستئناف للفصل فى موضوعها على أساس ما انتهى إليه لتمحيص دفاع الطاعنين والتحقيق من مدى توافر شروط الوضع الظاهر ، قضاؤها بان نظرية الموضوع الظاهر لا تسرى على الدعوى ، قضاء مخالف لحجية الحكم النافض . (نقض 2000/11/20 طعن 3001 س69ق)

المقرر فى قضاء هذه المحكمة – أن نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية ، فى مواجهة صاحب الحق ، متى كان هذا الأخير قد أسهم بخطئه سلبا أو إيجابا – فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية الى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتى من شانها أن تولد لاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، وحجب نفسه عن تمحيص دفاع الطاعنين انف الذكر للتحقق من مدى توافر شروط الوضع الظاهر ، وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فانه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب مما يستوجب نقضه لهذا السبب . (نقض 1986/2/16 طعن 826 س54ق هيئة عامة)

الانفساخ المدنى على الشرط الفاسخ الضمنى . مادة 157 مدنى للمدين أن يتوقاه بالدين إلى ما قبل صدور الحكم النهائى ، ما لم تبين المحكمة أنه مما يضار به الدائن . (الطعن رقم 191032 سنة 54ق جلسة 1986/5/28)

انفساخ العقد كأثر لتحقيق الشرط الصريح الفاسخ توقفه على طلب من تقرر لمصلحته ، جواز تنازلا عن الشرط صراحة أو ضمنا ولو بعد تحققه ، قبض البائع – دون أن تحفظ الباقى من الثمن بعد الموعد المحدد للوفاء به – قد يعتبر تنازلا عن أعمال الشرط الصريح الفاسخ ، قضاء الحكم بانفساخ العقد دون بحث اثر هذا الوفاء خطأ فى تطبيق القانون .(نقض مدنى – الطعن رقم 405 ق جلسة 1985/10/17)

فسخ العقد لعدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه ، شرطه التخلف عن الوفاء بالثمن بغير حق ، ثبوت حق المشترى قانونا فى حبس الثمن ، مؤداه ، لا محل لإعمال الشرط الفاسخ ولو كان صريحا . (الطعن رقم 2022 سنة 54 ق جلسة 1986/5/28)

التفاسخ ، شرطه ، تقابل إدارة المتقاسمين ، عدول أحد العاقدين عن عقد البيع دون باقى أطرافه ، لا يعد تفاسخا . (الطعن رقم 912 سنة 52ق جلسة 1987/2/22)

الدفع بعدم التنفيذ ، اقتصاره على ما تقابل من التزامات طرفى التعاقد ، العبرة براداتهما ، لمحكمة الموضوع حق استظهارها المادة 161 مدنى . (الطعن رقم 702 سنة 51ق جلسة 1985/11/6)

محكمة الموضوع لها رفض طلب الفسخ إذا رأت ما لم يتم تنفيذه قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته . مادة 157 مدنى . (الطعن رقم 458 سنة 54ق – جلسة1987/6/9)

التفاسخ يكون بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين ، قضاء محكمة الموضوع بالتفاسخ الضمنى ، وجوب بيان كيفية تلاقى إرادة طرفى العقد على حلة بأسباب سائغة . (الطعن رقم 198 سنة 52ق جلسة 1985/12/19)

الاتفاق على الشرط الصريح فى عقد البيع عند تخلف المشترى عن سداد أى قسط من الثمن ، أثره ، قبول البائع الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة الفسخ أو تملك المشترى بان البائع لم يسع إليه فى موطنه لاقتضاء أى قسط من الثمن فى موعده ، مؤداه ، وجوب تجاوز المحكمة عن أثر الشرط . (الطعن رقم 53 سنة 51ق جلسة 1986/12/2)

الشرط الفاسخ المقرر جزاء عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه ، عدم تحققه إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق ، قيام حق المشترى فى حبس الثمن ، لا محل لإعمال الشرط الفاسخ ولو كان صريحا الحكم وصحة ونفاذ العقد لا يغنى عن تقديم مستندات ملكية البائع ، حق المشترى فى حبس الثمن حتى يوفى البائع بهذا الالتزام . (الطعن رقم 1502 سنة 52ق جلسة1986/1/9)

الشرط الفاسخ الصريح ، يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ، مناط ، تثبت المحكمة من قيامه ومراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله ، إسقاط الدائن خياره فى طلب الفسخ ، مؤداه . التجاوز عن الفسخ الاتفاقى ، استخلاص ذلك ، استقلال محكمة الموضوع به . (الطعن رقم 1519 ق – جلسة 1987/4/1)

سقوط الالتزام الاصلى بفسخ العقد ، أثره ، سقوط الشرط الجزائى الوارد به ، وجوب تقدير التعويض وفقا للقواعد العامة ، عبء إثبات الضرر ، وقوعه على عاتق الدائن . (الطعن رقم 2418 سنة 52ق جلسة 1986/5/6)

إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تكييف عقد البيع إلى انه تعاقد بطريق التسخير فانه يكون عقدا جديا ويتتبع ذلك صحة التسجيل الحاصل بشأنه ولزومه لامكان نقل الملكية من البائع إلى المسخر وبالتالى إلى الموكل - والقضاء بمحو هذا التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع واستحالة انتقالها إلى الموكل ومن ثم يكون الحكم بقضائه ، هذا قد حال دون تنفيذ مقتضى القانون وما أراده من أن تكون الملكية للأخير فيما بينه وبين الوكيل وليس للبائع . (الطعن 17 لسنة 20ق جلسة 1964/11/26م س 15 ص 1073)

الوصاية نوع من أنواع النيابة القانونية ، تحل بها إرادة الوصى محل إرادة القاصر مع انصراف الثر القانوني الى ذلك الأخير . (الطعن 275 لسنة 36ق جلسة 1971/2/16 س22 ص179)

تقضى المادة 198 من القانون المدين بأنه " لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل " فإذا حصل التعاقد بغير هذا الترخيص فلا يكون نافذا فى حق الأصيل إلا إذا أجازه وقد استثنت المادة من حكمها الأحوال التى يقضى فيها القانون أو قواعد التجارة بصحة هذا التعاقد فإذا كان الموقع على الإيصال سند الدعوى هو مدير الشركة الطاعنة بوصفه ممثلا لها وقد تضمن هذا الإيصال - على ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه - إقراره بهذه الصفة باستلام الشركة منه بصفته الشخصية المبلغ المثبت به صفة وديعة لدى الشركة ، فان هذا الإقرار يكون متضمنا انعقاد عقد وديعة بين نفسه وبين الشخص الاعتباري الذى ينوب عنه (الشركة) وهو ما لا يجوز عملا بالمادة 108 سالفة الذكر إلا بترخيص من الشركة أو بإجازتها لهذا التعاقد وبالتالى لا يجوز للمدير أو يرجع على الشركة على أساس عقد الوديعة ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر العبارة المؤشر بها على ظهر الإيصال والموقع عليها من المدير بصفته الشخصية متضمنة إقرارا منه بملكية سيدة ما لقيمة تلك الوديعة وكان هذا الإقرار منصبا على ذات الوديعة المشار إليها فى صلب السند فإن الإقرار المذكور لا يكون من شأنه أن يرتب بذاته فى ذمة الشركة التزاما جديدا مستقلا عن الالتزام الناشئ عن عقد الوديعة وإنما يستمد ذلك الإقرار أثره من هذا العقد وبالتالى يدور معه وجودا وعدما ومن ثم فان عدم نفاذ عقد الوديعة فى حق الشركة الطاعنة يستتبع أن يكون الإقرار المذكور غير ملزما لها. (الطعن 28 لسنة 29ق جلسة 1963/12/19 س14 ص 1173)

مفاد نصوص المادتين 106 ، 713 من القانون المدنى انه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا وذلك إذا لم يعلن وقت التعاقد عن صفته كنائب ، ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فينصرف اثر العقد المبرم إلى الأصيل والى من يتعاقد مع الوكيل المستتر . (الطعن 581 لسنة 35ق جلسة 1970/5/28 س21 ص933)

لما كان مقتضى النيابة حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانونى لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو – فهى فى جوهرها تخويل للنائب حق إبرام عمل أو تصرف تتجاوز آثاره ذمة القائم به إلى ذمة الأصيل باعتبار أن الالتزام فى حقيقته رابطة بين ذمتين ماليتين وليس رابطة بين شخصين ولازم ذلك أن النائب فى النيابة القانونية لا يكون مسئولا قبل الغير إلا إذا ارتكب خطا تجاوز به حدود هذه النيابة يستوجب مسئوليته فإذا لم يرتكب هذا الخطأ لم يكن مسئولا حتى لو أصاب الغير ضرر من تنفيذ النيابة . (الطعن 157 لسنة 42 ق جلسة 1981/12/27 س32 ص 2437)

مفاد نص المادة 54 من القانون 160 لسنة 1958 بشان تنظيم المدارس الخاصة أن إدارة المدرسة المستولى عليها مؤقتا بما تتطلبه من إشراف مالى وإدارى لا يجعل الجهة القائمة عليها صاحبة عمل وإنما هى بصريح نص المادة نائبة عن صاحب المدرسة نيابة قانونية . (الطعن 157 لسنة 42ق جلسة 1981/12/27 س32 ص2437)

من يعير اسمه ليس إلا وكيلا عمن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل فيمتنع عليه قانونا أو يستأثر لنسفه بشئ وكل فى أن يحصل عليه لحساب موكله عليه قانونا وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة وهذا يقتضى أن يعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشا عن التعاقد من حقوق ولا يكسل الوكيل من هذه الحقوق شيئا ولا يكون له أن تحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفة دونه ،ومن ثم فإذا كان التعاقد يتعلق ببيع عقار كانت الملكية للأصيل فيما بينه وبين وكيله وإن كانت للوكيل معير الاسم فيما بينه وبين البائع والغير ، ويرجع ذلك الى انه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة فى مواجهة الكافة فإنها ملكية صورية بالنسبة إلى الأصيل يمنع الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما –

وينتج من هذا أن الأصيل لا يحتاج - لكى يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه - إلى صدور تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية إليه، إذ يعتبر الأصيل فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى أى إجراء وإنما يلزم ذلك الإجراء فى علاقة الأصيل . (الطعن 17 لسنة 30ق جلسة 1964/11/26 س15 ص1073)

إن المادة 114 من القانون المدنى الجديد قد جاءت بحكم جديد لم يكن مقررا فى القانون السابق إذا أوجبت لبطلان التصرف السابق على تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة العته سائغة أو أن يكون المتصرف إليه على بينة منها وإذن فإذا كان الحكم الصادر فى ظل القانون القديم قد قضى ببطلان العقد المطعون فيه تأسيسا على انعدام إرادة المتصرف وقت التعاقد فلا يصح النعى عليه انه قد خالف القانون بمقولة انه أجرى اثر قرار الحجر فيما بعد على العقد السابق عليه إذ انه متى كانت الإرادة منعدمة فإن التصرف يقع بطلا سواء أكان قد حجر على المتصرف أم لم يحجر عليه . (جلسة 1951/11/22م طعن رقم 199 سنة 19ق)

أن القانون المدنى القديم لم يكن يشترط لإبطال التصرف علم المشترى بعته البائع وقت البيع ، بل كان يكفى فى ظله أن تستدل المحكمة على قيام حالة العته وقت التصرف بأدلة سائغة وذلك اعتبار بأن العته متى ثبت قيامه فانه يعدم رضاء من يصاب به . (1951/11/22 طعن رقم 199 سنة 19ق)

أن العبرة فى تحرى أهلية العاقد هى بحالته فى الوقت الذى انعقد فيه العقد ، فإذا كانت المحكمة قد أقامت قضاءها بقيام حالة العته عند المحجور عليه وقت التعاقد (السابق على الحجر وعلى طلبه) على أقوال شهور مؤداه انه كانت تنتابه نوبات عصبية ويتهيج فى بعض الأحيان ، وعلى انه سبق أن حجر عليه للعته ورفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه ثانيا للعته والسفه بعد تعاقده ، ثم رفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه مرة ثالثة لضعف قواه العقلية فان ما استدلت به من هذا ليس فيه ما من شانه أن يؤدى إلى أن المحجور عليه كان معتوها فى ذات وقت التعاقد ، ويكون هذا الحكم قاصر التسبيب متعينا نقضه . (جلسة 1947/2/20 طعن رقم 13 سنة 16ق)

العته يعدم إرادة من يصاب به فتقع تصرفاته باطلة من وقت ثبوته ولذا لا يتطلب بطلانها توافر التحايل على القانون أو الغش أو التواطؤ بين المعتوه والمتصرف له كما هى الحال بالنسبة إلى المحجور عليه للسفه إذا ما أريد إبطال تصرفاته السابقة على قرار الحجر عليه كما أن هذا البطلان لا يكون نتيجة لانسحاب اثر قرار الحجر على الماضى وإنما لثبوت حالة العته المعدم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف منه – والمحكمة إذ تتصدى لبحث حالة العته إنما تبحث فى ركن من أركان التعاقد هو الرضا الصحيح الصادر عن إرادة حقه ، وهذا أمر يدخل فى صميم اختصاصها ، فالحكم الذى يقام على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائغا من الأدلة التى أوردتها من أن عته البائع كان قائما وقت صدور عقد البيع منه يكون مبنيا على أساس صحيح غير مخالف المبادئ القانونية الخاصة بالأهلية وعوارضها ولا مجاوزا حدود اختصاص المحكمة التى أصدرته . (جلسة 1949/12/29 طعن رقم 53 لسنة 18ق)

متى كان يبين أن الحكم المطعون فيه إذا قضى ببطلان التصرفات الصادرة من محجور المطعون ضدها وما ترتب عليها من تصرفات ، قد اثبت أن ذلك المحجور عليه كان عند تصرفه إلى الطاعنين فى حالة عته معدم لإرادته ، وهو ما اتخذه الحكم أساسا للقاء ببطلان تلك التصرفات وكان هذا وحده كافيا لحمل قضائه فانه لا يعيبه ما يكون قد استطرد إليه بعدئذ من بحث حالة السفه أو انتفاء هذا الوصف عند تصرفات المحجور عليه إلى زوجته وأولاده ، وإذ كان ذلك من باب الفرض الجدلى والتزيد الذى يستقيم الحكم بدونه ، وليس من شأنه أن يغير من الأساس الذى أقام الحكم عليه قضائه ومن ثم يكون النعى عليه بالتناقض غير صحيح . (الطعنان 53 ، 57 لسنة 38 ق جلسة 1974/1/1 س 25 ص 92)

لما كان ثبوت عته الموصى وقت الايصاء وثبوت أن أباه – مورث الطاعنين – كان على بينة من قيام حالة العته بوالده وقت التعاقد على تعديل الشركة يكفى بذاته للقضاء ببطلان الوصية وعقد تعديل الشركة . (الطعن رقم 339 لسنة 48 ق جلسة 1981/12/13)

مفاد النص فى الفقرة الثانية من المادة 114 من القانون المدنى انه - يكفى لإبطال تصرف المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة العته شائعة وقت التعاقد أو أن يكون المتصرف إليه على بينه منها ويكفى فى ذلك أن تتوافر إحدى الحالتين سالفتى البيان عند إبرام العقد ليكون التصرف باطلا وان أمر تقدير علم المتعاقد بعته المتعاقد معه أو شيوع تلك الحالة وقت التعاقد هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع متى كان استخلاصه سائغا . (الطعن 2071 لسنة 55 ق جلسة 1990/12/26)

المقرر أن تقدير علم المتعاقد بعته المتعاقد معه أو شيوع تلك الحالة وقت التعاقد هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك متى كان استخلاصه سائغا . (الطعن رقم 910 لسنة 49 ق جلسة 83/3/22 س34 ص 718)

لمحكمة الموضوع أن تبطل تصرف المحجور عليه ، حتى مع ثبوت حصوله قبل توقيع الحجر عليه متى تبينت من ظروف هذا التصرف وملابساته أن المتصرف له كان يعلم سفه المحجور عليه والاجراءات الجارية لتوقيع الجر عليه ، وانه على الرغم من تواطؤ معه على إيقاع هذا التصرف له ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيما تأخذ هى به من القرائن التى أقنعتها بحصول هذا التواطؤ . (جلسة 1932/12/8 طعن رقم 28 سنة 2ق)

انه لما كان قرار الحجر للسفه ليس له اثر إلا من تاريخ صدوره ولا ينسحب على التصرفات السابقة عليه ما لم تكن قد حصلت بطريق الغش أو التواطؤ كان يكون المتصرف إليه عالما بسفه المحجور عليه ومتواطأ معه فى تعامله على تفويت أثار حجر متوقع ، وكان ما استخلصته المحكمة من عدم وجود الدليل على تواطؤ الزوجة المتصرف لها مع زوجها المتصرف وقت انعقاد البيع المطعون فيه ، لصدور العقد قبل تقديم طلب الحجر ، ولأن إيراد المتصرف لم يكن يكفى لنفقات معيشته مما اضطره إلى التصرف فى أطيانه كما تشهد بذلك العقود الأولى الصادرة منه ، فضلا عن أن حالة الزوجة المالية تمكنها من دفع الثمن ، ثم ما أوردته من عدم التعويل على قرينه العلاقة والمعاشرة الزوجية فى الاستدلال على هذا التواطؤ - كان هذا منها استخلاصا موضعيا جائزا مما تستقل به المحكمة دون رقابة عليها من محكمة النقض ولا يكون ثمة وجه للطعن على حكمها بالقصور . (جلسة 1950/5/25 طعن رقم 206 سنة 18ق)

متى كان الحكم إذ أبطل عقد البيع الصادر من المحجور عليه للسفه قبل توقيع الحجر قد أقام قضاءه على أن المشترى كان يعلم عند التعاقد بما اتخذ من إجراءات لتوقيع الحجر على البائع ، ومن ذلك فقد تواطأ معه غشا بغية الحصول على العين المبيعة بثمن بخس ، فإن فى هذا الذى قرره الحكم ما يفيد توافر عناصر الاحتيال على القانون مما يبطل العقد ، ومن ثم فان ما ينعاه المشترى عليه من خطا فى تطبيق القانون استنادا إلى انه جعل لقرار الحجر أثرا ينسحب إلى الماضى يكون فى غير محله . (جلسة 1951/1/25 طعن رقم 199 سنة 18ق)

السفه هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – تبذير المال وتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا صحيحا ومن ضوابطه انه خفه تعترى الإنسان فتحمله على إنفاق المال وإتلافه على غير ما يقتضيه العقل والشرع . (الطعن 397 لسنة 49 ق جلسة 58/2/13 س 36 ص 265)

النص فى الفقرة الأولى من المادة 114 من القانون المدنى على انه يبقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذ صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر وفى الفقرة الثانية من المادة المذكور على أنه . أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينه منها ، مفاده أن العبرة فى تحرى أهلية العاقد بأهليته فى الوقت الذى انعقد فيه العقد ، وان المشرع أقام من صدور فقرار بالحجر على المجنون او المعتوه وتسجيل ذلك القرار قرينة قانونية على علم الغير بذلك أما إذا لم تقم هذه القرينة وصدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فقد اشترط المشرع لبطلان التصرف من المجنون أو المعتوه شيوع حالة الجنون أو العته أو علم الطرف الآخر بها ، ويكفى فى ذلك أن تتوافر إحدى الحالتين سالفتى البيان لحظة حصول التعاقد ليكون التصرف باطلا لانعدام ركن من أركانه هو صدوره عن إدارة سليمة . (الطعن رقم 845 لسنة 50 ق جلسة 1983/12/18م س 34 ص 1846)

انه لما كان التصرف الذى يصدر من المحجور عليه للسفه قبل توقيع الحجر عليه لا يبطل إلا بثبوت علم المتصرف له بسفهه وتواطئه معه على الرغم من ذلك على إيقاع هذا التصرف له استباقا لقرار الحجر فان الحكم الذى يبطل مثل هذا التصرف مكتفيا بقرائن مجملة دون تعرض لبحث تلك العناصر يكون حكما قاصر البيان قصورا يستوجب نقضه . (جلسة 1949/12/8 طعن رقم 63 سنة 18ق)

التصرف الذى يصدر من المحجور عليه للسفه قبل توقيع الحجر عليه لا يبطل إلا بثبوت علم المتصرف له بسفهه وتواطئه معه على الرغم من ذلك على إيقاع هذا التصرف له استباقا لقرار الحجر ، فإذا كان الحكم قد أبطل مثل هذا التصرف دون أن يعنى ببحث هذه العناصر ودون أن يبحث المستندات المقدمة من المتصرف له للاستدلال بها على مديونية تركه مورث المحجور عليه واتخذا الدائنين لها إجراءات نزع الملكية وتوفيته هو نصيب المحجور عليه فى بعض هذه الديون ، مقتصرا على ما أورده من قرائن مجملة فانه يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه . (جلسة 1950/1/5 طعن رقم 64 سنة 18ق)

عدم النص على السبب فى العقد يعنى قيام قرينة قانونية بسيطة مؤداها أن هناك سبب مشروع ، فإذا ذكر السبب قامت قرينة بسيطة على أن السبب جدى حتى يثبت انه صورية .

النص فى الفقرة الأولى من المادة 137 من القانون المدنى على أن كل التزام يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك وفى الفقرة الثانية على ان يعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب الفعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه ، مؤداه أن ثمة فرضين ، الأول أن يكون السبب غير مذكور فى العقد وفى هذا الغرض وضع المشرع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب فى العقد ، وفى القرض أيضا ثمة قرينة قانونية على أن السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقة ، وهذه القرينة أيضا قابلة لإثبات العكس ، ويكون على المدين إما أن يقتصر على إثبات الصورية ، وفى هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقى ومشروعيته إلى الدائن وإما أن يثبت رأسا أن السبب الحقيقى للعقد غير مشروع ، فثمة فارقا بين الفرضين المذكورين . (نقض جلسة 1982/11/14 المكتب الفنى السنة 33 رقم 167 ص 915)

إذا كان الحكم المطعون فيه قد نهج فى تكييف العقد محل التداعى تكييفا صحيحا ولم يخرج فى تفسيره عما تحتمله نصوصه فلقد استخلص من عبارته الظاهرة أن تصرف الأب المطعون ضده بابنه الطاعن فى حق الانتفاع بالأرض الزراعية التى سلمها إياه كان بغير عوض مما يعتبر من التصرف تبرعا اى هبه

وقد وقعت الهبة باطلة لعدم مشروعية سببها المخالف للنظام العام بانصرافه إلى تعامل فى تركة مستقبلة ، وكان من المقرر أن تعيين الورثة وأنصبتهم وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق شرعا مما يتعلق بالنظام العام وتحريم التعامل فى التركات المستقبلة بأى نتيجة لهذا الأصل فلا يجوز قبل وفاة إنسان الاتفاق على شئ يمس بحق الإرث ، وإلا كان الاتفاق باطلا ، وكان الحكم قد استدل على قيام ذلك السبب غير المشروع - وهو الباعث الدافع إلى التبرع - بما ورد فى الاتفاق من بيان صريح يفصح عن أن ما تسلمه الابن الطاعن - ارض زراعية يمثل مقدار نصيبه ميراثا عن أبيه الذى لم يزل على قيد الحياة ومن اشتراط على هذا الابن بعدم المطالبة بميراث ارض أخرى من بعد وفاة الأب ، هو ما يعد استدلالا سائغا له مأخذه الصحيح من واقع ما اثبت بالاتفاق الذى انعقد بين الطرفين ،فان الحكم يكون قد التزم صحيح القانون فى تفسير الاتفاق وتكييف التصرف الثابت به الذى لحقه البطلان . (نقض جلسة 1979/11/29 المكتب الفنى السنة 30 رقم 358 ص 103)

يشترط لبطلان التصرف لعدم مشروعيته السبب أن يكون الطرف الآخر عالما أيضا بعدم المشروعية فإذا لم يكن عالما أو لم يكن فى استطاعته ذلك ظل التصرف صحيحا.

السبب غير المشروع الذى من شأنه أن يبطل العقد وفقا لحكم المادة 136 من القانون المدنى أن يكون معلوما للمتعامل الآخر فإذا لم يكن على علم به وليس فى استطاعته أن يعلمه فلا يعتد بعد المشروعية . (نقض جلسة 1979/11/29 المكتب الفنى السنة 30 رقم 358 ص 103)

مفاد نص الفقرة الثانية من المادة 137 من القانون المدنى انه إذا ذكر فى سند الدين قيمته دفعت نقدا ، ثم قام الدليل على انتفاء القرض فإن على الدائن أن يقيم الدليل على أن للسند سببا حقيقيا مشروعا . (نقض جلسة 1971/6/24 المكتب الفنى السنة 22 رقم 134 ص 823)

قيود البناء الاتفاقية تعتبر - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - حقوق ارتفاق متبادلة مقررة لفائدة جميع العقارات الكائنة فى الحى والتى فرضت لمصلحتها تلك القيود فإذا خالفها اغلب أهل الحى أصبح العقار المرتفق به فى حل من الالتزام بها لانتفاء سبب هذا الالتزام . (نقض جلسة 1986/2/29 المكتب الفنى لسنة 19 رقم 63 ص 428)

مفاد الفقرة الرابعة من المادة 501 من قانون المرافعات والمادة 551 من القانون المدنى لا يجود التحكم بصدد تحديد مسئولية الجانى عن الجريمة الجنائية وإلا عد باطلا لمخالفته للنظام العام ، وإذا كانت المسألة التى نصب عليها التحكيم وبالتالى كانت سببا للالتزام فى السيد إنما نتنازل عن الجريمة ذاتها وتستهدف تحديد المسئول عنها وهى من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، فلا يجوز أن يرد الصلح عليها وبالتالى لا يصح أن تكون موضوعا بتحكيم وهو ما يستتبع أن يكون الإلزام المثبت فى السند باطلا لعدم مشروعية سببه . (نقض جلسة 1980/12/2 المكتب الفنى السنة 31 رقم 369 ص 1989)

إن الهبة الباطلة شكلا ليست مجردة من كل الآثار القانونية ، إذ ينشأ عنها التزام فى ذمة الراهب ، بمعنى انه إذا أوفاه لا يستطيع استرداده وبمعنى انه ينقلب التزاما مدينا إذا حصل استبداله . (30 مايو سنة 1930 المحاماة 11 رقم 322 ص653)

أنه وإن كان الأصل أن اشتراط الكتابة فى العقود الرضائية إنما يكون لمجرد إثباتها إلا انه ثمة كان يمنع المتعاقدين من اشتراط تعليق انعقاد على التوقيع على المحرر المثبت له ، إذ ليس فى هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام واستخلاص قصد المتعاقدين من هذا الشرط وهو مما يستقل به فاضي الموضوع وإذ فمتى كان الواقع هو أن الطاعن أقام الدعوى على المطعون عليه يطالبه برد ما دفعه إليه من تامين وبتعويضه عما لحقه من ضرر وما فاته من ربح من جزاء فسخ العقد المقول بإبرامه بينهما ، وكان الحكم إذا قضى برفض الدعوى فى خصوص التعويض قد أقام قضاءه على أن من بين شروط المناقصة التى قبلها الطاعن أن التعاقد لا يتم بين الطرفين إلا بتوقيع الطاعن العقد الخاص بها وانه هو الذى تخلف عن توقيع العقد وتكملة التامين رغم التنبيه عليه مرتين من المطعون عليه بالحضور لهذا الغرض بما اضطر هذا الأخير إلى إلغاء المناقصة ، وان العقد لم يتم بين الطرفين ، وان الطاعن وهو المتسبب فى عدم إتمامه لا يكون محقا فى طلب التعويض – متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك الطعن عليه بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه يكون على غير أساس . (نقض جلسة 1951/3/29 ربع قرن ج 1 ص 832 بند 6)

مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة 137 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة 364 من هذه اللائحة قبل إلغائها بالقانون رقم 629 لسنة 1955 ، انه منذ صدور هذه اللائحة ، كما كان الحال فى ظل اللائحتين الشرعيتين الصادرتين فى سنة 1897 وسنة 191 ، وحتى تاريخ العمل بقانون الوقف رقم 48 لسنة 1946 فى 1946/6/17 ، لم يكن الاشهاد شرطا لصحة التصرفات التى تندرج تحت المادة 137 سالفة الذكر ومن بينها التغيير فى الوقف وإنما كان شرطا لسماع الدعوى بهذه التصرفات فى حالة الإنكار فقط فإذا كان هناك إقرار من الخصم فلا تحتاج الدعوى إلى مسوغ للسماع ، أما بعد العمل بالقانون رقم 48 لسنة 1946 فقد جعل المشرع الاشهاد شرطا لصحة هذه التصرفات ، وهو ما نص عليه فى المادة الأولى منه وما أوضحته المذكرة التفسيرية للقانون تعليقا على هذه المادة ولما كان الثابت فى الدعوى أن التغيير فى الوقف المطلوب إبطاله حصل فى 1938/9/1 وقبل العمل من الواقفة فان التصرف به يكون صحيحا متى استوفى شرائطه الفقه دون نظرا إلى وجود اشهاد رسمى به أو ما إذا كان قد أذن لكاتب المحكمة بالانتقال إلى المكان الذى ضبط فيه . لما كان ذلك فلا محل للطعن بالبطلان على هذا الاشهاد استنادا إلى أن كاتب المحكمة الذى أحيل إليه ضبطه قد حرره خارج مقر المحكمة دون أن يثبت فيه انه كان ماذونا بالانتقال . (نقض جلسة 1974/12/16 المكتب الفنى السنة 25 رقم 29 ص 164)

مؤدى نص المادة 20 من القانون المدنى أن المشرع اخذ بقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه ، وجعلها القاعدة العامة ، على ان للمتعاقدين اختيار اى قانون من القوانين الأخرى الواردة بها واختصاص القانون الذى يسرى على الشكل لا يتناول على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – إلا عناصر الشكل الخارجية – أما الأوضاع الجوهرية فى الشكل وهى التى تعتبر ركنا فى انعقاد التصرف كالرسمية فى الرهن التأمينى فتخضع للقانون الذى يحكم موضوع التصرف وليس لقانون محل إبرامه ومن ثم فإن الشكلية التى تقضى لإثبات التصرف تخضع لقانون محل إبرامه ، وعلى هذا فإذا استلزم القانون الذى يحكم موضوع التصرف الكتابة لإثباته ولم يستلزمها قانون محل إبرامه تعين الأخذ بهذا القانون الأخير . (نقض جلسة 1973/5/17 المكتب الفنى السنة 24 رقم 137 ص 277)

مؤدى نص المادة 300 من القانون المدنى أن الأصل فى حالة تعدد الدائنين دون تضامن أن الالتزام ينقسم عليهم بحكم القانون كل بقدر المتفق عليه أو بالقدر الذى يعنيه القانون – ولا يستطيع كل دائن أن يطالب المدين ألا بنصيبه أو يطلب الفسخ لعدم الوفاء بنصيب غيره إلا إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى عدم تجزئة الصفقة . وإذا كان الثابت من عقد البيع تعدد البائعين – الدائنين بالثمن وقد تحددت فيه المساحة التى باعها كل منهم وثمن الفدان فيما يخص المبلغ وثمن مغاير فيما يخص القاصرين – وكان يبين من الحكم المطعون فيه أن الطاعنين أقاما الدعوى بصحة ونفاذ عقد البيع المؤرخ 1970/5/20 عن القدر المبيع بأكمله ومساحته 34 فدان 18 ط 9 س وأنهما أوفيا بالثمن جميعه إلا فيما يتعلق بفرق السعر عن مساحة القاصرين – وأقام المطعون عليهم دعوى الفسخ عن جميع المساحة لعدم وفاء الطاعنين بباقى الثمن فكان يتعين على المحكمة أن تعرض لبحث دعوى الطاعنين ودعوى المطعون عليهم فى حدود المقدار الذى يخص باقى البائعين الموفى لهم بثمن أنصبتهم لأنه يدخل فى نطاق ما هو مطروح عليها بغير حاجة إلى أن يعدل الطاعنان طلبهما إلى القدر الأقل " (نقض مدنى جلسة 1981/4/16 لسنة 32 عدد أول ص1144) .

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقا لنص المادة 161 من القانون المدنى أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالا ، فإذا كان العقد يوجب على أحد العاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا أن يدفع بهذا الدفع . (نقض مدنى جلسة 1982/5/23 لسنة 33 جزء أول ص566) .

متى كان الثابت أن المشترى دفع جزءا من ثمن المبيع عند تحرير عقد البيع واتفق على سداد الباقى عند تحرير العقد النهائى وأن البائع تمسك أمام محكمة الموضوع بأن المشترى لم يوف كامل الثمن المستحق فى ذمته . فإن الحكم يكون قد خالف القانون إذا قضى بصحة ونفاذ العقد دون أن يقيم الدليل على وفاء المشترى بكامل الثمن . (نقض مدنى جلسة 1957/4/25 لسنة 8 ص 451)

لما كان مناط اعتبار ما يودعه المشترى خزانة المحكمة من مبالغ للوفاء بباقى الثمن مبرئا لذمته ألا يتعلق صرف هذه المبالغ على شرط لا يحق له فرضه ، لما كان ذلك ، وكان الثابت بالأوراق أن الطاعنين تمسكا أمام محكمة الموضوع بأنهما قاما بالوفاء بكامل الثمن المتفق عليه بأن دفع أولهما إلى مصلحة الضرائب وهيئة التأمينات الاجتماعية مبلغ 7345 جنيها تنفيذا للحجزين الاداريين المشار إليهما – فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وشابه قصور فى التسبيب . (نقض مدنى جلسة 1988/3/22 الطعن رقم 2699 لسنة 56ق) .

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به – وأن المشرع أجاز تطبيقا لهذا الأصل فى الفقرة الثانية من المادة 457 من القانون المدنى للمشترى ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله – وقضاء هذه المحكمة قد جرى على أن تقدير جدية السبب الذى يولد الخشية فى نفس المشترى من نزع المبيع من تحت يده يعتبر من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة . (نقض مدنى جلسة 1981/4/22 لسنة 32 عدد أول ص1212) .

أحقية البائع لاقتضاء باقى الثمن المبيع وحق المشترى فى حبسه وجهان متقابلان لشئ واحد والقضاء بأحقية البائع لباقى الثمن وبالزام المشترى بأدائه يندرج فيه حتما القضاء بأن المشترى لا يحق له أن يحبسه وتكون دعوى المشترى بأحقيته فى حبسه خشية استحقاق المبيع كله أو بعضه للغير عودة لا تجوز إلى ذات النزاع الذى حاز انقضاء السابق فيه قوة الأمر المقضى وإلا انقلب دفعه بعدم تنفيذ التزامه إلى دفع بعدم تنفيذ الحكم الصادر ضده . (نقض مدنى جلسة 1974/2/11 للسنة 25 ص327) .

الثمن وإن كان يعتبر ركنا أساسيا فى عقد البيع إلا أنه ومع ما يستفاد من نص المادتين 422 ، 424 من القانون المدنى لا يشترط أن يكون معينا بالفعل فى عقد البيع بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنا على الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد . (نقض مدنى جلسة 1980/1/28 لسنة 31 ص 218) .

عدم دفع المشترى الثمن لا يتعارض مع تنجيز عقد البيع موضوع الدعوى إذ التصرف بالبيع المنجز يعتبر صحيحا سواء أكان العقد فى حقيقته بيعا أو هبة مستترة فى صورة عقد بيع استوفى شكله القانونى . (نقض مدنى جلسة 1973/2/6 لسنة 24 عدد أول ص 151) .

الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع يقوم مقام التوقيع أمام الموثق على عقد البيع النهائى ويحل محله فى التسجيل – فإذا كان الوفاء بباقى الثمن معلقا على التوقيع على العقد النهائى فإن اشتراط المشترى ألا يصرف البائع باقى الثمن الذى أودعه خزانة المحكمة إلا بعد صدور حكم نهائى بصحة ونفاذ ذلك العقد هو اشتراط صحيح . (نقض مدنى جلسة 1966/11/15 لسنة 17 عدد ثالث ص1688) .

تعليق دفع باقى الثمن على توقيع البائع على عقد البيع النهائى وامتناع البائع عن التوقيع ولجوء المشترى لدعوى صحة ونفاذ العقد جواز إيداع الثمن دون عرضه على البائع لرفع الأخير دعوى فسخ لهذا البيع قبل رفع المشترى دعوى صحة التعاقد هذا الإيداع صحيح وله ما يبرره عملا بالمادة 338 مدنى . (نقض مدنى جلسة 1966/1/15 لسنة 17 عدد ثالث ص1688) .

مفاد نص المادة 2/457 من القانون المدنى أن المشرع أجاز للمشترى الحق فى حبس الثمن إذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده . فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده . وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله – فعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهدده ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الحظر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن ما دام أنه لم يشتر ساقط الخيار . (نقض مدنى جلسة 1970/4/14 لسنة 21 عدد ثان ص604) .

إذ اتخذ الحكم المطعون فيه من عجز المشترين عن اثبات أدائها الثمن قرينة على أن العقد يخفى وصية – فإنه يكون قد استند إلى قرينة فاسدة فى خصوصية هذه الدعوى لأن المطعون ضدها (البائعة) هى التى يقع على عاتقها عبء اثبات صورية ما ورد فى العقد من أنها اقتضت الثمن المسمى فيه . (نقض مدنى جلسة 1971/1/5 لسنة 22 عدد أول ص3) .

الأصل أن حجية الشئ المحكوم فيه لا تلحق إلا بمنطوق الحكم ولا تلحق بأسبابه إلا ما كان منها مرتبطا بالمنطوق ارتباطا وثيقا فيها فصل فيه الحكم بصفة صريحة أو بصفة ضمنية حتمية سواء فى المنطوق أو فى اسباب التى لا يقوم المنطوق بدونها - ومن ثم فإن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم يحوز قوة الأمر المقضى - ولما كان الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد لم يفصل فى أمر الباقى من ثمن المبيع بل تركه دون البت فيه - فإن حق البائع فى المطالبة بباقى هذا الثمن يظل قائما - وكذلك يبقى لهم حقهم فى طلب أعمال الآثار المترتبة على عدم الوفاء به والمطالبة بفسخ العقد جزاء عدم تنفيذ هذا الالتزام دون أن يؤثر فى قيام هذا الحق صيرورة حكم صحة ونفاذ العقد نهائيا لاختلاف دعوى صحة العقد عن دعوى الفسخ المذكور سببا وموضوعا . (نقض مدنى جلسة 1970/2/26 لسنة 21 عدد أول ص364) .

لئن كان الحكم المطعون فيه قد أورد فى اسبابه أن الثمن هو 410 جنيها خلافا لما جاء فى العقد إلا أنه لما كان الثابت من الحكم أن الثمن قد دفع إلى الطاعن البائع فلا يعدو هذا أن يكون خطأ ماديا انزلق إليه الحكم لا يؤثر فى سلامة قضائه مما يكون معه النعى عليه فى هذا الخصوص غير منتج . (نقض مدنى جلسة 1977/2/22 لسنة 38 عدد أول ص505) .

التزام المشترى بدفع الثمن فى عقد البيع يقابله التزام البائع بنقل الملكية إلى المشترى - فإذا وجدت أسباب جدية يخشى معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه بأن يكون غير مالك للعقار المبيع - كان من حق المشترى أن يقف التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه . ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن لم يسجل عقد مشتراه من المالكين الأصليين حتى يستطيع بدوره نقل ملكية العقار المبيع إلى المطعون ضده . بل ظل هذا العقار على ملك المالكين الأصليين مع قيام خطر التصرف فيه إلى الغير بعقد مسجل مما يهدد المطعون ضده نزعه من تحت يده - لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى فى قضائه إلى أن من حق المطعون ضده حبس باقى الثمن حتى يقوم الطاعن بتسجيل عقد شرائه من المالكين الأصليي لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه . (نقض مدنى جلسة 1974/2/25 لسنة 25 ص1278) .

إذا كان اقتضاء البائع لباقى الثمن مشروط بأن يكون قد أوفى بالتزامه بتطهير العين المبيعة من كافة ما عليها من حقوق – فإن ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من عدم الاعتداد بايداع المشترى لباقى الثمن – لتعلق الصرف على القيام بتطهير العين – قول لا يصادف صحيح القانون ذلك أنه متى كان للمشترين الحق فى حبس الباقى من الثمن – فإنهما إذا ما قاما بايداعه مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع فإن هذه الايداع يكون صحيحا ويترتب عليه آثاره القانونية فتبرأ ذمتهما من الباقى عليهما من الثمن . (نقض مدنى جلسة 1970/4/14 لسنة 21 عدد ثان ص 604) .

يبطل العقد بسبب الصورية النسبية إذا كان الهدف من إخفاء التصرف الحقيقى هو مخالفة القانون والتحايل على أحكامه الآمرة .

من المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه وإن كان صحيحا أن القرينة التى نصت عليها المادة 917 من القانون المدنى ، لا تقوم إلا باجتماع شرطين هما احتفاظ المتصرف بحيازة العين التى ترف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، إلا أن خلو العقد من النص عليها لا يمنع قاضى الموضوع استعمال سلطته فى التحقيق من توفر هذين الشرطين للوقوف على حقيقة العقد المتنازع عليه المتصرف من تصرفه وذلك فى ضوء ظروف الدعوى وملابساتها غير متقيد فى ذلك ورد فى العقد من نصوص صريحة دالة على تنجيزه ، لان للوارث ان يثبت بطريق الإثبات كافة هذه النصوص للواقع ، متى كان قد طعن فى العقد بأنه يخفى وصية احتيالا على أحكام الإرث . (نقض جلسة 1973/1/20 المكتب الفنى السنة 24 رقم 33 ص 119)

إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأدلة سائغة إلى رفض الادعاء بالتزوير ، والى أن العقد صدر صحيحا من المورث وهو فى حالة شيخوخة ولم يكن فى حالة مرضية لا تسمح بإصدار عن رضاء صحيح واستخلص الحكم من نصوص العقد وملابساته أن نية المورث اتجهت إلى أن ينقل الملكية إلى أن بناته بعد أن يحصل إيجاز السنة الزراعية التى اصدر فيها العقد ، وان تصرفه أن لم يكون بيعا فانه يكون بيعا هبه منجزة استوفت الشكل القانونى ، وهو استخلاص سائغ يتضمن الرد على ما وجه إلى هذا العقد فى دفاع الطاعن من انه وصية مضافة إلى ما بعد الموت ،

وكان لا يؤثر فى ذلك مشروطا فى العقد تأجيل التسليم إلى نهاية السنة الزراعية أو نقص الثمن المسمى بالعقد عن قيمة الحقيقة ، كما لا يؤثر فيه حديث الحكم عن هبه المورث لولده الطاعن فى تصرف سابق لا دليل على حصوله ، لأنه تزيد يستقيم بدونه قضاء الحكم ، فإنه لا يكون إذا قضى بصحة العقد باعتباره عقد بيع حقيقي أو هبة يسترها عقد بيع – قد أخطأ فى الإسناد أو شابه قصور التسبب . (نقض جلسة 1973/1/11 المكتب الفنى السنة 24 رقم 13 ص62)

مجرد بيع المورث حق الانتفاع بالعقارات موضوع الدعوى إلى ولديه القاصرين بعد إن كان قد تصرف اليهما فى حق الرقبة ، لا يمنع من اعتبار التصرف وصية وفقا للمادة 917 من القانون المدنى ، إذ لا يعدو ذلك أن بمثابة بيع الرقبة وحق الانتفاع ابتداء مع النص على تنجيز التصرف ، وهو ما لا يحل بين الطاعنات – باقى الورثة – وبين إثبات مخالفة هذا النص للواقع . (نقض جلسة 1973/1/20 المكتب الفنى السنة 24 رقم 23 ص 119)

أفادت المادة 917 من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن القرينة التى تضمنتها لا تقوم باجتماع شرطين اولهما هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها وثانيهما احتفاظه بحقه فى الانتفاع بها على أن يكون ذلك كله مدى حياته ، ولقاضى الموضوع التحقيق منذ توافر هذين الشرطين للتعرف على حقيقة العقد المتنازع عليه والتحرى عن قصد المتصرف من تصرفه ، وذلك فى ضوء ظروف الدعوى التى أحاطت به مادام قد برر قوله فى قوله ذلك بما يؤدى اى ، ولا يجوز التحدى بعدم توافر هذين الشرطين أو احدهما استنادا إلى ما جاء فى صياغة العقد بشأنه لان جدية العقد بوصفه عقد بيع هى بذاتها موضوع الطعن عليه . (نقض جلسة 1972/4/10 المكتب الفنى السنة 24 رقم 102 ص 572)

ان التزام البائع بتسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع ، بل هو اهم التزامات البائع التى تترتب بمجرد العقد ولو لم ينص عليه فيه. (جلسة 3/ 2/ 1938 طعن 73 سنة 7ق) .

ان المادة 277 من القانون المدنى تنص على ان يكون تسليم المبيع فى الوقت الذى عين لذلك فى العقد والا ففى وقت البيع مع مراعاة المواعيد التى جرى العرف عليها. (جلسة 3/ 2/ 1938 طعن رقم 73 سنة 21 ق) .

قسمة المال الشائع ماهيتها - وضع القدر المباع شائعا تحت تصرف المشترى يتمكن من حيازته والانتفاع به - عدم اعتباره قسمة للمال الشائع . (نقض مدنى جلسة 7/ 1985/2 الطعن رقم 104 سنة 52 ق) .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان من تلقى حصة مفرزة لا يملك بارادته المنفردة ان يغير موضوع حقه فيجعله شائعا، على خلاف سنده ، ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه ان القدر المبيع للمطعون عليه الأول بالعقد موضوع الدعوى 12 مفرزة وكان طلب المطعون عليه الأول الحكم بصحة ونفاذ هذا العقد عن قدر شائع فى مساحة أكبر 15 س 3 ف فان الحكم المطعون فيه اذ أجابة الى هذا الطلب وقضى له على خلاف مقتضى سنده يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون . (نقض مدنى جلسة 5/ 5 / 1981 السنة 32 جزء ثان ص 1374)

يشترط طبقا للمادة 203 من القانون المدنى لأجبار المدين البائع على تسليم العين المبيعة الى المشترى ان يكون هذا التسليم ممكنا 0 فاذا كانت العين المبيعة مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر تعلقا قانونيا استحال الوفاء بهذا الالتزام عينا للمشترى الاول . (نقض مدنى الطعن رقم 726 سنة 51 ق جلسة 26/ 1984/2)

لا يجوز للمشترى لقدر مفرز فى العقار الشائع ان يطالب بالتسليم مفرزا لأن البائع له الشريك على الشيوع لم يكن يملك وضع يده على حصة مفرزة قبل حصول القسمة الا برضاء باقى الشركاء جميعا ، ولا يمكن ان يكون للمشترى حقوقا اكثر مما كان لسلفه 0 هذا الى ما يترتب على القضاء بالتسليم المفرز فى هذه الحالة من افراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون. (نقض مدنى جلسة 13 /1974/12 السنة 25 ص 1224)

ان نص المادة الثامنة من لائحة بيع اراضى بلدية الأسكندرية وان لم يكن فى عبارته الزام البلدية بتسليم المبيع او التزامها به إلا أنه لا يدع شكا فى ان التسليم من التزامات البائع، اذ أن عبارة هذا النص شبيهة بعبارة نص المادة الخامسة من اللائحة المذكورة ، والمفهوم من مجموع النصين ان الميعاد الذى أعطى للمشترى لدفع ثلث الثمن هو بعينه الميعاد الذى أعطى للبائع لتسليم المبيع، فهما متماسكان تمام التماسك ،

فاذا كانت ارض البلدية التى رسا مزادها على المشترى ودفع ثلث الثمن فى الخمسة الايام التالية لرسو المزاد قد تأخر تسليمها اليه لخلاف بينه وبين المجلس فى شأن هذا التسليم ثم سوى هذا الخلاف ببيع بعض اجزاء اخرى للمشترى مجاورة للأرض المبيعة له اولا وتم تسليم كل ما بيع من الارض فى تاريخ معين ، فإن ميعاد استحقاق القسط الاول من باقى الثمن يبدأ من هذا التاريخ الذى حصل فيه تسليم الأرض مساحتها الاخيرة لا من اليوم الخامس من رسو المزاد كما هو نص المادة الخامسة السالفة الذكر0 (جلسة 1938/2/3 طعن رقم 73 سنة 7 ق) .

البائع ملزم بتسليم العقار المبيع بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد0 فاذا هواقدم، قبل نقل الملكية للمشترى بتسجيل العقد او الحكم الصادر بصحة التعاقد فأحدث زيادة فى هذا العقار(بناء) بينما المشترى يطالبة وبقاضيه لتنفيذ تعهده فلا مخالفة لقانون التسجيل فى ان تعتبره المحكمة- بعد ان صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل- كأنه احدث تلك الزيادة فى أرض مملوكة لغيره يفصل فى أمرها قياسا على حالة من احدث غراسا او بناء فى ملك غيره. (جلسة 8/ 1932/12 طعن رقم 56 سنة 2 ق)

ان من آثار البيع نقل ملكية المبيع الى المشترى بما يكملها وبما يحددها 0 ولما كان الارتفاق المقرر لمنفعة العقار المبيع من مكملات ملكيته كان لا موجب للتنصيص عليه بالذات فى عقـد البيع كى يمكـن للمشترى التحدى به .(جلسة 13/ 1949/1 طعن رقم 3 سنة 18ق)

عرض البائع على المشترى امام المحكمة البضاعة المبيعة هو عرض حقيقى وفقا للمادة 697 من قانون المرافعات- القديم - متى كان العقد لم يحدد ميعادا للتسليم واذن فمتى كان الحكم اذ قضى باعتبار المشترى هو المتخلف عن الوفاء قد أثبت ان البائع ما زال يعرض البضاعة على المشترى امام المحكمة وان هذا الأخير هو الذى كان يأبى تنفيذ الانفاق ، وان هذا الذى جرى امام المحكمة هو ما كان عليه موقف المتعاقدين قبل طرح خصومتهما امام القضاء فان الطعن فيه بالقصور ومسخ الأنفاق المبرم بين الطرفين يكون فى غير محله. (جلسة 8/ 1951/12 طعن رقم 144 سنة 18ق)

إذا كانت المحكمة فى سبيل تعرف ما اذا كان القدر المتنازع على ملكيته بين البائع والمشترى يدخل فى حدود المبيع قد رجعت الى مستندات التمليك والى تقارير الخبراء المعينين فى الدعوى فاعتبرت احد الحدود الواردة فى عقد البيع (الحد البحرى وهو جسر السكة الحديد) حدا ثابت من غير شبهة ، ثم اعتمدت فى توفيه المشترى القدر المبيع له على ما هو مبين بالعقد من اطوال للحدين الشرقى والغربى مقيسة من ذلك الحد (البحرى) ثم اوردت فى حكمها ما تبينته من المعاينة من ان الحد الرابع (القبلى) من ناحية ترعة الأسماعيلية غير ثابت لوجود طريق منشأ على جانب الترعة فضلا عن انخفاض مستوى الأرض المتنازع عليها عن مستوى ملك المشترى فى هذه الناحية انخفاضا واضحا ، ثم قالت تأييدا لوجهه نظرها وتفسيرا لمدلول العقد ، إنه ليس بمعقول ان يصل الحد البحرى الى جسر ترعة الاسماعيلية فيكون القدر المشترى بحيث يشمل عشرين فدانا اخرى زيادة فى المساحة ، فان هذا الذى حصلته من عقد البيع ومن وقائع الدعوى ورتبت عليه حكمها برفض دعوى المشترى مقبول عقلا وفيه الكفاية لتسبيب الحكم . (جلسة 1944/5/4 طعن رقم 89 سنة 13 ق)

إنه وان كانت التضمينات فى حالة العجز عن الوفاء العينى تعتبر مستحقة من الوقت الذى يظهر فيه للدائن عجز المدين عن الوفاء لا أنه إذا لم يظهر هذا العجز للدائن فإن التضمينات تكون مستحقة من الوقت الذى يمتنع فيه المدين عن الوفاء بعد تكليفه به رسميا من قبل الدائن عملا بالقاعدة القانونية العامة ، وعلى ذلك اذا سلم البائع جزءا من المبيع متأخرا عن الميعاد المتفق عليه ثم توقف عن تسليم الباقى حتى اعذره المشترى ، ولم يثبت من وقائع الدعوى ما يدل على ظهور عجز البائع عن الوفاء من اليوم الذى حصل فيه تسليم ذلك الجزء بل كانت تلك الوقائع دالة على ان ميعاد التوريد المتفق عليه فى العقد قد عدل عنه برضاء الطرفين فان التضمينات لا تكون مستحقة الا من الوقت الذى امتنع فيه البائع عن الوفاء بعد تكليفه به رسميا واذا تمسك المشترى(بسبب ارتفاع الاسعار) باستحقاق التضمنيات من تاريخ التسليم الجزئى باعتبار انه هو التاريخ الذى ظهر فيه عجزه عن الوفاء بالباقى ، وقضت المحكمة بذلك كان حكمها مخطئا فى تطبيق القانون . (جلسة 25/ 1/ 1945 طعن رقم 88 سنة 14 ق)

اذا رفعت دعوى بطلب تسليم عقار استنادا الى حكم سبق صدوره بتثبيت ملكية المدعى لهذا العقار وصحة العقود الصادره له به والى ان المدعى مالك للعقار بمقتضى هذه العقود ، ثم رأت المحكمة لسبب ما ان الحكم السابق ليست له حجية الشئ المحكوم فيه- فإنه يكون عليها للقضاء فى طلب التسليم ان تفصل فى ملكية المدعى وفى صحة عقوده على اساس انهما مطروحان عليها ولا يصح لها ان تقضى برفض دعوى التسليم وتترك المدعى وشأنه فى رفع دعوى جديدة بملكيته وصحة عقوده0(جلسة 22 / 6/ 1950 طعن رقم 191 سنة 17 ق)

ان المادة 118 من القانون المدنى تشترط فى كل من الصورتين الواردتين بها، وهما كون العين مملوكة للمتعهد وقت التعاقد او كون ملكه لها حدث من بعد التعهد مملوكا للبائع وقت تعهده للمتصرف اليه الاول ، ثم تعلقت به ملكية شخص آخر تعلقا قانونيا ، فهذا مانع من اجراء حكم المادة 118 فيـه. (جلسة 2 /1935/12 طعن رقم 35 سنة 5 ق)

إذا كانت المحكمة قد اسندت فى حدود سلطتها الموضوعية بالمستندات التى اشارت اليها من اسباب حكمها على ان اسعار الشاى لم تكن فى هبوط فى الوقت المحدد لتسليم المقدار المبيع من الطاعن وان الشهادة التى قدمها هذا الأخير والموقعة من احد التجار هى شهادة مجاملة لا تطمئن اليها وان الطرفين لم يقدما شهادة رسمية عن اسعار الشاى فى السوق وعن مقدار ما يجنيه تجاره من ربح وانتهت من ذلك الى تقدير التعويض المستحق للشركة المشترية التى لم تتسلم الشاى المبيع على اساس ربح تجارى معقول حددته بعشرين فى المائة من قيمة الصفقة فأن المحكمة تكون قد اسست قضاءها بالتعويض على اسباب تؤدى الى النتيجة التى خلصت اليها0 ويكون فى غير محله النعى عليها بانها قضت بالتعويض على اساس يختلف عن التسعير الجبرى للشاى متى كان الطاعن لم يقدم دليلا على ان ما قضى به من تعويض يختلف عن التسعير الجبرى الذى كان مفروضا على اسعار الشاى وقت انعقاد الصفقة . (جلسة 1953/4/23 طعن رقم 351 سنة 20 ق)

اذا كان الواقع فى الدعوى ان المطعون عليه باع للشركة الطاعنة كمية من القطن واتفقا سلفا على تحديد الميعاد الذى يجب ان يتم فيه التسليم ورتبا الجزاء على عدم قيام المطعون عليه بالتوريد فيه بأن يدفع للطاعنة الفرق بين سعر البيع والسعر الجارى التعامل به للبضاعة الحاضرة فى اليوم الذى يظهر فيه العجز او عدم التسليم ، وكان تحديد هذا اليوم انما يكون بأستظهار نية المتعاقدين وما تستخلصه المحكمة من أوراق الدعوى وظروفها ،

وكانت محكمة الموضوع اذ خلصت الى تحديد يوم معين اعتبرته آخر ميعاد قدم فيه المطعون عليه للطاعنة قدرا من القطن المبيع ، وقررت انه لم يحصل بعد ذلك التاريخ عرض من المطعون عليه ولا قبول من الطاعنة لأى مقدار آخر ، وكان لا يبين من وقائع الحكم واسبابه ما يفيد ان المطعون عليه كان ينتوى الاستمرار فى توريد باقى الأقطان المبيعة بعد التاريخ الذى حددته وان المحكمة رتبت على ذلك ان اليوم التالى هو ميعاد الذى يحق للطاعنة ممارسة حقها فى شراء ما تخلف المطعون عليه عن توريده من القطن المبيع واجراء محاسبته على هذا الاساس ، فإن هذا الذى انتهت اليه المحكمة يعتبر تقديرا موضوعيا مما يستقل به قاضى الموضوع دون رقابة فيه لمحكمة النقض. (الطعن 189 سنة 35 ق جلسة 23 /1959/10 س 10 ص 590 ، والطعن 52 سنة 25 ق جلسة 1959/11/12 س 10 ص 641)

تحديد اليوم الذى يعتبر فيه البائع متخلفا عن التوريد وبالتالى ملزما بالتعويض انما يكون باستظهار نية المتعاقدين وما تستخلصه محكمة الموضوع من اوراق الدعوى وظروفها . (الطعن 657 لسنة 32 ق جلسة 12 / 12/ 67 س 18 ص1860)

اذا كان الطاعن قد أورد فى مذكرته امام محكمة الأستئناف والمعلنة الى المطعون عليها قوله للطاعن الحق فى حبس العين المبيعة تحت يده مقابل المصروفات التى أنفقها فى اصلاح الاطيان وردمها 00 وكان هذا الدفاع يختلف فى اساسه عن دفاع الذى ابداه الطاعن امام محكمة اول درجة بأنه اتفق مع البائعة على خصم المصروفات التى ينفقها على الاطيان المبيعة من الثمن وقد وردت تلك المحكمة فى حكمها على هذا الدفاع التى ينفقها على الاطيان المبيعة من الثمن وقد وردت تلك المحكمة فى حكمها على هذا الدفاع بما ينفيه ، وكانت المادة 246 من القانون المدنى اذا اوردت فى الفقرة الأولى منها القاعدة العامة فى حق الحبس قد نصت بفقرتها الثانية على احدى حالاته البارزة فقالت " يكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ او محرزه إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية او نافعة

فإن له ان يمتنع عن ردهذاالشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له إلا أن يكون الألتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " واذ أغفل الحكم المطعون فيه أعمال حكم هذا النص بشأن دفاع الطاعن المشار اليه لبيان مدى انطباقة عليه وما يحق للطاعن حبسه وفقا للقانون مما قد يتغير وجه الرأى فى الدعوى وقضى الحكم بتسليم الاطيان المبيعة السالمطعون عليها الأولى فإنه يكون مشوبا بالقصور (الطعن 505 لسنة 34 ق جلسة 10 /68/12 س 19 ص 1504)

لئن كانت ملكية العقار المبيع لا تنتقل الى المشترى قبل تسجيل عقد البيع الا ان البائع يلتزم بتسليم المبيع الى المشترى ولو لم يسجل العقد 0 وبذلك تكون للمشترى ثمره المبيع من تاريخ ابرام البيع ما لم يوجد انفاق يقضى بغير ذلك . (الطعن 532 لسنة 34 ق جلسة 69/1/23 س 20 ص 150)

لا يجدى ادعاء الطاعنة (الشركة البائعة) بأن عقد البيع (ومحله ارض اكلها النهر) قد انفسخ لأستحالة تنفيذه بصدور القانون رقم 192 لسنة 1958 فى شأن طرح النهر واكله، لأنه وان كان هذا القانون قد منح تسليم ارض من طرح النهر لأصحاب ارض اكلها النهر ، وقصر التعويض عنها على ما يعادل قيمة الأرض ان ذلك ليس من شأنه ان يحرم المشترى من حقه فى الحصول على مقابل عن هذه الأرض 0 (الطعن رقم 123 لسنة 36ق- جلسة 26 / 1970/5 - س 21 ص 900)

عقد البيع غير المسجل ، وان كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع الى المشترى الا أنه يراد فى ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع ويترتب على الوفاء بهذا الألتزام ان يصبح فى حيازة المشترى ، وله ان ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار. (الطعن 240 لسنة 36 ق- جلسة 8/ 4/ 1971 س22 ص443)

اذا كانت محكمة الموضوع قد قامت بفحص العينة واجرت مقارنة بينها وبين البضاعة المبيعة فأسفر بحثها عن مطابقة البضاعة للعينة فى خصائصها التى رات ان المتعاقدين قصداها ، فليس فى استظهارها فى هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة ما ينفى المطابقة طالما أنها قد انتهت بما لها من سلطة التقدير فى هذا الصدد الى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروقا لا يؤبه لها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة0 (الطعــن رقم 169 سنة 25 ق جلسة 12/ 11/1959 س 10 ص 659)

متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع على أساس ان البائع لم يوف التزاماته المترتبة على العقد- حتى وقت الحكم النهائى فى الدعوى ، وكان مجرد عرض البائع استعداده لتسليم العين المبيعة على اساس ان يوقع المشترى على عقد البيع النهائى لا يعد عرضا حقيقيا يقوم مقام الوفاء بالالتزام لأن البائع لم يتبع استعداده للتسليم بطلب تعيين حارس لحفظ العين المبيعة طبقا لما توجبه المادتان 339 من القانون المدنى و 792 من قانون المرافعات فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون . (الطعن رقم 159 لسنة 27 ق جلسة 8/ 1962/11 س 13 ص992)

الهلاك المنصوص عليه فى المادة 437 من القانون المدنى هو -على ما جرى به قضاء محكمة النقض- زوال الشئ المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية ومن ثم فان استيلاء الإصلاح الزراعى- بعد البيع- على قدر من الاطيان المبيعة لا يعد هلاكا لهذا القدر تجرى عليه احكام الهلاك فى البيع . (الطعن 377 لسنة 30 ق - جلسة 1/ 66/2 س 17 ص 205)

تطبيق نص المادة 434 من القانون المدنى فى حالة الادعاء بوجود عجز فى المبيع محله ان يكون البيع قد انعقد على عين معينة مفرزة ذات مقاس او قدر معين ولم يقم البائع بالتسليم على النحو الذى التزم به بان سلم المبيع اقل قدرا مما هو متفق عليه. (طعن 377 لسنة 30 ق- جلسة 66/2/1 س17 ص 205)

النص فى المادة 220 / 1 من القانون المدنى انه " لا ضرورة لأعذار المدين إذا أصبح تنفيذ الألتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين ، يدل على انه لا ضرورة لأعذار المدين إذا أصبح تنفيذ الألتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين، يدل على أنه لا ضرورة لاعذار المدين اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين مما مؤداه انه اذا التزم البائع بتسليم المبيع فى ميعاد معين ، وكان موضع اعتبار المتعاقدين - فإن تأخيره فى تنفيذ الألتزام عن الموعد المحدد يستوجب مساءلته قبل المشترى بالتعويض عن الأضرار التى تكون قد لحقت به من جراء هذا التأخير حتى ولو كان التسليم قد تم فيما بعد وذلك لوقوع الأخلال به فى حينه وتحقق الضرر فعلا نتيجة له بما لا يجدى تداركه او جبره التسليم اللاحق وهو ما يضحى معه تنفيذ الالتزام فى شقة المتعلق بالتسليم فى الميعاد المحدد غير ممكن بفعل المدين ، بمالا ضرورة معه لأعذاره0(الطعن رقم 2196 س 51 ق جلسة 1984/12/11)

متى كان المطعون عليها قد أسست دعواها على عقد البيع الأبتدائى الصادر لها،والذى ينقل اليها- ولو لم يكن مشهرا - جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما في ذلك طلب نفى حق الارتفاق الذى تدعيه الطاعنه ، فإن الدعوى تكون من الدعاوى المتعلقة باصل الحق، وليست من دعاوى الحيازة ، ويكون قضاء الحكم المطعون فيه بتسليم العين وطرد الطاعنه منها استنادا الى ان العقد العرفى يمنح المشترى الحق فى استلام المبيع لانه من الآثار التى تنشأ عن عقد البيع صحيحا فى القانون ، ولا عبرة بما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه من أنه قضى بتسليم العين رغم سبق القضاء به فى دعوى صحة التعاقد المرفوعه على البائعة طالما ان الطاعنة لم تكن طرفا فيها0 (الطعن رقم 513 لسنة 37 ق – جلسة 1972/1/25 س 24 ص 98)

لا يجوز للمشترى لقدر مقرز فى العقار الشائع ان يطالب بالتسليم فورا لأن البائع له- الشريك على الشيوع- لم يكن يملك وضع يده على حصة مفرزة قبل حصول القسمة الا برضاء باقى الشركاء جميعا ، ولا يمكن ان يكون للمشترى حقوق اكثر مما كان لسلفه ، هذا الى ما يترتب على القضاء بالتسليم فى هذه الحالة من افراز ، لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون. (الطعن رقم 341 لسنة 39 ق- جلسة 1974/12/3 س 25 ص 1324)

يشترط طبقا للمادة 203 من القانون المدنى لاجبار المدين البائع على تسليم العين المبيعة الى المشترى ان يكون هذا التسليم ممكنا ، فإذا كانت هذه العين مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر تعلقا قانونيا استحال الوفاء بهذا الألتزام عينا للمشترى الأول. (الطعن رقم 226 لسنة 36 ق - جلسة 1970/12/17 س 21 ص 1355)

يشترط طبقا للمادة 203 من القانون المدنى لأجبار المدين البائع على تنفيذ التزامه بتسليم العين المبيعة الى المشترى ان يكون هذا التسليم ممكنا فإذا كانت هذه العين مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر تعلقا قانونيا استحال الوفاء بهذا الألتزام عينا للمتشرى الأول . (الطعن 5209 لسنة 51 ق جلسة 16/ 1984/12 س 35 ص 2111)

يشترط فى وضع المبيع تحت تصرف المشترى - ليتحقق به التسليم المنصوص عليه فى المادة 435 من القانون المدنى ان يكون بحيث يتمكن المشترى من حيازة المبيع والانتفاع به0 التسليم المعنوى او الحكمى يقوم مقام التسليم الفعلى0 (الطعن رقم 632 س 51 ق جلسة 21 / 1985/2)

النص فى البند السادس من العقد موضوع النزاع على ان يدخل فى تقدير الثمن00 وبصفة جوهرية فالتعاقد تسليم فريق الطرف الثانى ثلاث شقق خالية بالعقار على الوجه الآتى: أولا - تسلم الشقة رقم 3 فور هذا التعاقد ويعتبر فريق الطرف الثانى هو صاحب اليد عليها دون غيره دون أى منازعة او معارضه من الفريق الأول ، وفى حالة اخلال فريق الطرف الأول تسليم اى شقة من هذه الشقق الثلاث فيلتزم بتعويض الطرف الثانى 700 جنيه عن كل شقة بخلاف حق الطرف الثانى فى اكراه الطرف الاول على تنفيذ ذلك الألتزام بالتسليم مع التعويض " يدل على استحقاق المشترين للأنتفاع بالشقة محل النزاع هو التزام على البائع نحوهما نفاذا لعقد البيع وليس انشاء لعلاقة ايجارية مستقلة عن عقد البيع . (الطعن 703 لسنة 49 ق جلسة 7/ 3/ 1985 س 36 ص 358)

الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الاصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد ، وهو واجب النفاذ بمجرد تماما العقد ، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ، كما ان البائع ملزم بتسليم العقار المبيع بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد طبقا لنص المادة 431 من القانون المدنى، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه برفض الدعوى على سند من ان عقد البيع المسجل المتضمن بيع المطعون ضدهم للطاعنين العقار الكائن به شقتا النزاع قد خلا من رتيب اى التزام على عاتق المطعون ضدهم بتسليم هاتين الشقتين فإنه يكون قد خالف القانون واخطا فى تطبيقه . (الطعن 610 لسنة 49 ق جلسة 26/ 1983/3 س 35 ص824)

اذ كان الطاعن قد اسس دعواه- بطلب طرد واضع اليد علىالعقار مشتراه - على عقدى البيع العرفيين الصادرين له وكان عقد البيع - ولو لم يكن مشهرا - ينقل الى المشترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها استنادا الى ان العقد العرفى يمنح المشترى الحق فى استلام المبيع لأنه من الاثار التى تنشأ عن عقد البيع الصحيح واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه برفض الدعوى تأسيسا على ان الطاعن لم يكتسب ملكية المنزل محل النزاع لعدم شهر عقدى شرائه فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون. (الطعن 445 لسنة46 ق- جلسة 28/ 1979/5 - س 30 ع2 ص 461)

النص فى المادة 431 من القانون المدنى على ان " يلتزم البائع بتسليم المبيع المشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع" يدل على ان محل التزام البائع بتسليم العين المبيعة الى المشترى يتحدد بالمبيع المتفق عليه فى عقد البيع وهو فى الشئ المعين بالذات يكون بحسب اوصافه الأساسية المتفق عليها والتى تميزه عن غيره(كما ان وقوع خطأ مادى فى التسليم فيما يتعلق بماهية المبيع لا يمنع البائع من طلب تسليمه وفقا لما تقضى به المادة 123 من القانون المدنى0لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك وفقا لما تقضى به المادة 123 من القانون المدنى 0لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك امام محكمة الأستئناف بان الشقة التى تسلمها المطعون ضده الاول بموجب المحضر المؤرخ 8 من يوليو سنة 1981 والمطلوب القضاء بصحته ونفاذه هى المقصودة برقم 8 التى تعاقد الاول على شرائها وليست رقم 7 التى تعاقد المطعون ضده عليها طبقا للرسم الهندسى الذى اجريت وفقا له عملية القرعة والتعاقد مستدلا على ذلك باقرار الهيئة البائعة له وبما أسفرت عنه المعاينة التى اجراها الخبير المنتدب من ان جميع الشقق فى جميع الادوار التى تعلو شقة النزاع او تقع تحتها تحمل رقم 8 وسلمت الى من تعاقدوا على الشقة رقم 8 او الى ما جاء بكتاب الشركة العامة للأنشاءات القائمة على التنفيذ والتسليم من ان الشقة التى تسلمها المطعون ضده الاول رقم 8 ، واذ انتهى الحكم المطعون فيه الى القضاء بتأييد الحكم الأبتدائى القاضى بصحة ونفاذ محضر التسليم سالف الذكر على سند من ان تغيير قد جرى فى ارقام الوحدات السكنية بعد استلام المطعون ضده الاول لشقة التداعى بارادة هيئة الأوقاف المنفردة ولا يحاج به ، ودون ان يعن الحكم ببحث ماهية العين التى تم تعاقد المطعون ضده الاول على شرائها من المطعون ضده الثانى وما اذا كان التسليم الذى تم يتفق مع التحديد المتفق عليه فى العقد ام لا ودفاع الطاعن من ان خطأ ماديا وقع فى تسليم المبيع بموجب المحضر المقضى بصحته ونفاذه وطلبت الهيئة البائعة تصحيحه ، مع ان من شأن بحثه ان يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فان الحكم المطعون فيه يكون قد جاء قاصر التسبيب معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب0(الطعن رقم 1737 لسنة 57 ق- جلسة 12 / 199/4)

مؤدى نص المادة 435 من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- ان تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل مع اعلام المشترى ان المبيع وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصراه ولم يستول المشترى على المبيع استيلاء ماديا ، فإذا تم التسليم على هذا الوجه انقضى التزام البائع به وبرئت ذمته منه .(الطعن 3539 لسنة 58 ق جلسة 19/ 1990/6)

مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدنى ان عقد البيع ولو لم يكن مسجلا ينقل الى المشترى جميع الحقوق المتعلقة بالبيع والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها0 ومطالبته بالريع واذ التزم الحكم المطعون فيه بهذا النظر وقضى بالزام الطاعن بالريع وطرده من أرض النزاع وتسليمها الى المطعون ضدهن الثلاث الاوليات فان النعى بهذا السبب يكون على غير اساس . (الطعن رقم 223 لسنة 57 ق - جلسة 22/ 11/ 1990 ، الطعن رقم 1646 لسنة 54 ق- جلسة 20/ 4/ 1988)

مفاد نص المادة 435 من القانون المدنى ان تسليم المبيع يتم وضعه تحت تصرف المشترى يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل مع اعلام المشترى ان البيع قد وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصراه ، ولو لم يستول المشترى على المبيع استيلاء ماديا فيكفى لتمام التسليم مجرد تغيير النية سواء باتفاق او بتصرف قانونى مجرد كأن يظل البائع حائزا المبيع باعتباره مستأجرا ويعتبر التسليم فى هذه حكميا او معنويا ، كان ذلك وكان الحكم الأبتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد استخلص سائغا الادلة المطروحة عليه ان مورث المطعون عليهم ومن بعده ورثته يضعون اليد بصفتهم مستأجرين للأطيان التى اشتراها الطاعن وهو ما كان مطروحا على المحكمة مما يوجب ان تقول كلمتها فيه واذ قضى باجابة الطاعن الى تسليمه الاطيان المباعة على ان يكون التسليم حكميا فإنه يكون وافق صحيح القانون . (الطعن 1747 لسنة 58 ق جلسة 20 /1991/1)

التسليم اثر من آثار عقد البيع باعتباره التزاما يقع على عاتق البائع سجل العقد او لم يسجل ما لم يكن التسليم غير ممكن لتعلق ملكية العين المبيعة لشخص آخر ، فإذا أنتهى الحكم الأبتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه الى القضاء بالتسليم كأثر من آثار عقد البيع 0 ومن ثم فلا مجال بعد ذلك لأعمال احكام تزاحم المشترين بعقود مسجلة طالما لا ترد على محل واحد ويكون ما جاء بالحكم المطعون فيه من المفاضلة بين العقدين غير لازم لقضائه ، اذ يستقيم الحكم بدون -وهو لا يعدو ان يكون دعامة ناقلة ولمحكمة النقض ان تصحح ما شابها من خطأ. (الطعن 2498 لسنة 57 ق جلسة 1991/7/17)

اذا كان الثابت من الاوراق ان الطاعن اشترى عين النزاع من مورث المطعون ضدها الثانية بموجب عقد البيع العرفى المؤرخ 1972/10/2 المقضى بصحته ونفاذه فى الدعوى رقم 1215 لسنة 1976 مدنى 000 واثبت خبير الدعوى رقم 1001 لسنة 1979 مدنى 00 انه وضع يده على العقار منذ عقد شرائه سالف الذكر بما مفاده انتقال الحيازة القانونية لهذا العقار اليه، واذ استند المطعون ضده الأول فى طلب تسليمه العقار الى الاقرار العرفى المؤرخ 1959/11/7 الصادر من مورث المطعون ضدها الثانية (البائع للطاعن) والمطعون ضده الثالث والى عقد البيع العرفى المؤرخ 17/ 1967/3 الصادر من المطعون ضدها الرابعة ومن ثم يساوى الطرفان فى سند كل منهما ، ومع انتقال الحيازة القانونية للطاعن فأن سبيل المفاضلة فى هذه الحالة 0 وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- بانتقال الملكية فعلا بتسجيل العقد او الأقرار او الحكم الصادر بصحتها ونفاذهما او التأشير على هامش تسجيل الصحيفة ، فإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بالتسليم للمطعون ضده الاول على سند من القول بان التسليم اثر من اثار حق الملكية بالنسبة للاقرار المؤرخ 1959/11/7 والتزام يقع على عاتق المطعون ضدها الرابعة بموجب العقد المؤرخ 1967/3/17 دون ان تنتقل الملكية له بأيهما فانه يكون فاسد الأستدلال وقد جره ذلك الى الخطأ فى تطبيق القانون0 (الطعن 801 لسنة 53 ق - جلسة 20/ 1984/5 س 35 ص 1370)

النص فى المادة 431 من القانون المدنى على ان " يلتزم البائع بتسليم المبيع المشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع ، يدل على ان محل التزام البائع بتسليم العين المبيعة التى كان عليها وقت البيع ، وهو فى الشئ المعين بالذات يكون بحسب اوصافه الأساسية المتفق عليها والتى تميزه عن غيره ، كما ان وقوع خطأ مادى فى التسليم فيما يتعلق بماهية المبيع لا يمنع البائع من طلب تصحيحه وفقا لما تقضى به المادة 123 من القانون المدنى0 لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك امام محكمة الاستئناف بان الشقة التى تسلمها المطعون ضده الاول بموجب المحضر المؤرخ 8 من يوليو سنة 1981 والمطلوب القضاء بصحته ونفاذه هى المقصودة برقم 8 والتى تعاقد الأول على شرائها وليست رقم 7 التى تعاقد المطعون ضده عليها طبقا للرسم الهندسى الذى أجريت وفقا له عملية القرعة والتعاقد مستدلا على ذلك بإقرار الهيئة البائعة له وبما أسفرت عنه المعاينة التى أجراها الخبير المنتدب من ان جميع الشقق فى جميع الادوارالتى تعلو شقة النزاع او تقع تحتها العامة للأنشاءات القائمة على التنفيذ والتسليم من ان الشقة التى تسلمها المطعون ضده الاول رقم 8 ، اذ انتهى الحكم المطعون فيه الى القضاء بتأييد الحكم الأبتدائى القاضى بصحة ونفاذ محضر التسليم سالف الذكر على سند من ان تغييرا قد جرى فى أرقام الوحدات السكنية بعد استلام المطعون ضده الاول لشقة التداعى بارادة هيئة الاوقاف المنفردة ولا يحاج به ، ودون ان يعن الحكم ببحث ماهية العين التى تم تعاقد المطعون ضده الاول على شرائها من المطعون ضده الثانى وما اذا كان التسليم الذى تم يتفق مع التحديد المتفق عليه فى العقد ام لا ودفاع الطاعن من ان خطأ ماديا وقع فى تسليم المبيع بموجب المحضر المقضى بصحته ونفاذه وطلبت الهيئة البائعة تصحيحه ، مع ان من شأن بحثه ان يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فان الحكم المطعون فيه يكون قد جاء قاصر التسبيب معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون0(الطعن 1737 لسنة 57 ق جلسة 1990/1/12)

قاعدة الهلاك على المالك انما تقوم اذا حصل الهلاك بقوة قاهرة اما اذا نسب الى البائع تقصير فإنه يكون مسئولا عن نتيجة تقصيره0(الطعنان رقما 379 ، 382 س 22 ق جلسة 28/ 6/ 1956 س 7 ص 767)

متى كان النزاع قد دار بين الطرفين امام محكمة الموضوع على أمر واحد هو مقدار كمية الحديد التى تم عليها التعاقد ولم يتمسك المشترى صراحة لدى تلك المحكمة بالمطالبة بقيمة العجز الذى يدعيه فإنه لا يكون هناك محل لأثارة الجدل بشأنه أمام محكمة النقض0 (الطعن رقم 231 من 23 ق جلسة 54/16/ 1957 س 8 ص 479)

التعهد بالتوريد ليس عقدا قائما بذاته ولكنه يكون التزاما يتضمنه عقد آخر من العقود المبينة فى القانون كعقد البيع وفيه يتعهد البائع بتسليم المبيع(أو بتوريده) فى المكان والزمان المتفق عليهما فى العقد0 (الطعن رقم 220 سنة 23 ق جلسة 27/ 6/ 1957 س 8 ص 643)

متى كانت محكمة الموضوع اذ عرضت فى اسباب الحكم لبحث مدى قيام كل من الطرفين بالتزامات عقد البيع بدأت بحث التزام البائع بالتسليم وانتهت الانه عرض على المشترى المبيع عرضا حقيقيا ونفت عنه شبهة التقصير فى الوفاء بهذا الالتزام ثم عرضت لألتزام المشترى بدفع الثمن فسجلت عليه تخلفه عن الوفاء بهذا الألتزام المقابل على الرغم من عرض المبيع عليه عرضا حقيقيا ، فإنه يكون غير منتج النعى على الحكم بأنه يجب الوفاء بالألتزامين فى وقت واحد ويكون غير صحيح القول بان محكمة الموضوع رتبت على تقصير المشترى فى الوفاء بالتزامه اعفاء البائع من الوفاء بالتزامه المقابل.(الطعن رقم 95 سنة 24 ق جلسة 1958/3/13 س9 ص 204)

إذا كان الثابت ان زيد أباح لعمرو فى عقد البيع الصادر منه اليه حق تحويله الى الغير بدون موافقته ، وان بكرا اعتمد فى طلب تسليمه العين موضوع الدعوى على أنه اشتراها من عمرو وعلى ان زيدا تعهد فى العقد الصادر منه الى عمرو بتسليمه العين ثم لم يف بهذا التعهد ، وقضت المحكمة بتسليم العين الى بكر ، فإنه لا تكون قد خالفت القانون ، ذلك بأن عقد البيع ينقل الالمشترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به ومنها حق البائع له فى تسلم المبيع من البائع السابق ، وهذا الأثر يترتب على عقد البيع حتى ولو لم يكن مسجلا باعتباره من الحقوق الشخصية التى تتولد عنه0 (جلسة 27/ 12/1951 طعن رقم 75 سنة 20 ق)

متى كان عقد الايجار منصوصا فيه على ان كل ما يحدثه المستأجر فى الاعيان المؤجرة من اصلاحات او انشاءات يكون ملكا للمؤجر ، ثم باع المؤجر هذه الاعيان ، فكل الحقوق التى كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات البيع فتنتقل بحكم القانون المشترى وتبعا لذلك للمشترى حق مطالبة المستأجر بتعويض الضـرر الناتج عن فعله غير المشـروع بتلك الاعيان (جلسة 1951/11/22 طعن رقم 187 سنة 19 ق)

اذا كان الحكم بإزالة البناء الذى أقامه المدعى عليه فى الأرض التى اشتراها مؤسسا على ان المشترى اذ قبل شراء الأرض مثقلة بحق ارتفاق مطل محكوم به فى مواجهة البائع فقد التزم (التزاما شخصيا) بالامتناع عن التعرض لمن تقرر له حق الارتفاق ، فهذا الحكم يكون موافقا القانون ولا يصح الطعن فيه بمقوله انه اذ اعتبر الحكم الذى قرر حق الارتفاق فى مواجهة البائع حجة على المشترى رغم عدم تسجيله قد خالف نص المادة الثانية من قانون التسجيل. (جلسة 13/ 1949/1 طعن رقم سنة 18 سنة ق)

متى كان الواقع فى الدعوى هو ان الطاعن باع الى المطعون عليه كمية من الصاج المستعمل وفق عينه موجودة تحت يد المشترى ومختومة من الطرفين على ان يتم تسليم الكمية المبيعة فى ظرف اسبوع واحد يبدأ من تاريخ التعاقد والتزم الطاعن فى العقد بأن يسلم المطعون عليه فاتورة الشراء حتى يتسنى له بها الحصول على اذن يسلم المطعون عليه فاتورة الشراء حتى يتسنى له بها الحصول على اذن التصدير واتفق كذلك فى العقد على انه اذا تأخر الطاعن عن التسليم فى ظرف المدة المحددة أو إذا رفض المطعون عليه التسليم يلزم الطرف الآخر بدفع تعويض وكان الحكم إذ قضى بالزام الطاعن بأن يدفع الى المطعون عليه مبلغ التعويض ومقدم الثمن والفوائد القانونية من تاريخ المطالبة الرسمية حتى الوفاء قد أسس قضاءه على أن الطاعن هو الذى نكل عن الوفاء بالتزامه وأن ما أصاب المطعون عليه من ضرر ثابت من خطابات فتح الاعتماد الدالة على أنه تعاقد مع تاجر فى الخارج على أن يورد له كمية الصاج التى اشتراها من الطاعن وكان هذا الأخير قد تمسك بأن العقد لا يلزمه بأن يكون الصاج الذى يسلمه الى المطعون عليه من مخلفات الجيوش المتحالفة

وأنه من ذلك كان له أن يسلم الكمية المبيعة من الصاج المحلى وان المطعون عليه إذ استبان ان تصدير الصاج المحلى ممنوع أخذ يراوغ فى تسلم الصاج الذى اعده هو وكان الحكم لم يقطع صراحة فى أن الصاج المتعاقد عليه كان من مخلفات الجيوش المتحالفة وهو امر يدور عليه وجه الفصل فى الدعوى فإنه يكون قد عاره قصور يستوجب نقضه . (جلسة 1952/4/19 الطعن رقم 106 سنة 19ق) .

التعرف على تاريخ تسلم المشترى للمبيع هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى اقام قضاءه على أسباب سائغة لها معينها فى الأوراق . (الطعن 1196 لسنة 52ق جلسة 1990/2/1) .

وضع المبيع تحت تصرف المشترى الأمر الذى يتحقق به التسليم طبقا لنص المادة 435 من القانون المدنى – يشترط فيه أن يكون بحيث يتمكن المشترى من حيازة المبيع والانتفاع به . (الطعن رقم 40 لسنة 25ق جلسة 1959/6/25 س10 ص499) .

تنص المادة 240 من التقنين المدنى على أنه " إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقا لها ومؤدى ذلك أن يقع على عاتق البائع الالتزام بتسليم شئ مطابق للعينة المتفق عليها ، فإذا لم يف بهذا الالتزام لم يكن له أن يطالب المشترى بأداء المقابل وهو الثمن . (الطعن رقم 222 لسنة 25ق جلسة 1959/10/15 س10 ص567) .

تنص المادة 34 من القرار الوزارى رقم 81 لسنة 1942 الخاص بتنظيم التعامل بالجملة فى سوق البصل بالاسكندرية على أنه " تحصل المزايدة فى كل رسالة بالمكان الذى توجد غيه على اساس العينات التى تستخرج طبقا لأحكام هذا القرار " . ولا يتأدى من ذلك النص أن المبيع وقد أصبح معلوما للمشترى بمعاينته إياه فإنه يمتنع عليه بعد ذلك إدعاء أن البيع كان بيعا بالعينة ذلك أنه وإن كان المشترى يعتر عالما بالمبيع علما كافيا باطلاع على العينة الا أنه يتحتم مطابقة محتويات الرسالة أو الرسائل للعينات المستخرجة منها . فإذا تبين عدم مطابقتها لها كان المشترى فى حل من الوفاء بالتزامه بالثمن . (الطعن رقم 222 لسنة 25ق جلسة 1959/10/15 س10 ص567) .

مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشترى من تاريخ ابرام المبيع فيمتلك المشترى الثمرات من وقت تمام العقد وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف يستوى فى بيع العقار أن يكون مسجلا أو غير مسجل . لما كان ذلك فإنه يكون لمورث المطعون ضدهم الثمانية الأول الحق فى تملك ثمرات العقار المذكور منذ تاريخ شرائه له حتى انتقال ملكيته الى الطاعنين ولا يكون للآخرين طلب الزامهم بدفع الريع عن تلك الفترة ، ومن ثمن يكون الحكم المطعون فيه صائبا إذ التزم هذا النظر . (الطعن 1196 لسنة 53 ق جلسة 1990/2/1) .

لما كان من آثار عقد البيع – تطبيق لنص الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدنى ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن تنتقل منفعة المبيع الى المشترى من تاريخ ابرام العقد ، فيكون له حق ملكية الثمرات والثمار فى المنقول والعقار على سواء ما دام المبيع شيئا معينا بالذات – من وقت تمام العقد ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرض أو نص مخالف ويستوى فى بيع العقار أن يكون مسجلا او غير مسجل ، لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع الى المشترى ولو لم يسجل العقد . (الطعن 2531 لسنة 52 ق جلسة 1987/6/23) .

مؤدى نص المادة 435 من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيبازته والانتفاع به بغير حائل مع اعلام المشترى أن المبيع قد وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى ، بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصراه ولو التزام البائع له وبرئت ذمته منه – لما كان ذلك وكانت الجهتان الطاعنتان قد تمسكا بسبق تنفيذهما التزامهما بتسليم الأطيان المبيعة الى المطعون ضده واخطرتا المستأجرين بالوفاء بالأجرة اليه ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف على قوله " أن الجهة المستأنفة قد وأوفت بالتزامها بتسليم المبيع الى المستأنف عليه – المطعون ضده – بموجب محضر تسليم مؤرخ 1963/7/31 إلا أنه لا يضير تلك الجهة مطالبة المستأنف عليه بصدور حكم التسليم طالما أنه لم يطلب التسليم بغير الحالة التى تم الاتفاق عليها عند التعاقد "

. وكان مؤدى ذلك أن الحكم المطعون فيه جعل للمشترى الحق فى مطالبة البائع بتسليم المبيع بالرغم من انقضاء هذا الالتزام وبراءة ذمة البائع منه فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه . (الطعن 1425 لسنة 56ق جلسة 1988/1/29) .

يلتزم البائع – وعلى ما جرى به نص المادة 431 من القانون المدنى – بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت و البيع ويظل التزامه بالتسليم قائما ما دام عقد البيع ويجرى تنفيذه عينا متى كان ممكنا . (الطعن رقم 1596 س 50ق جلسة 1984/5/24) .

أن مخالفة قرار اعتماد التجزئة لقوانين المبانى وقيود المبانى وصيرورة مبانى الطاعن – البائع – المقامة من قبل البيع على الأرض المجاورة مخالف ذلك لتلك القوانين نتيجة تسليم الأرض المباعة الى المطعون ضده – المشترى – وبفرض صحة ذلك – لا تنال من سلامة عقد البيع ولا تتيح للطاعن التحلل من التزامه بتسليم المبيع كاملا ، إذ يظل تنفيذ هذا الالتزام عينيا ممكنا . (الطعن رقم 1596س 50ق جلسة 1984/5/24) .

تقضى المادة 44 من قانون المحاماة رقم 96 لسنة 1957 بأنه لا يجوز للمحامى أن يتقاضى اجر ينسب إلى قدر أو قيمة ما هو مطلوب فى الدعوى أو ما يحكم به فيها ، وبصفة عامة لا يجوز له أن يعقد اتفاقا من شأنه أن يجعل له مصلحة فى الدعوى وان كل اتفاق من هذا القبيل يعتبر باطلا ، والبطلان فى هذه الحالة إنما ينصرف إلى تحديد قيمة الأتعاب المتفق عليها ولا يترتب ع ليه حرمان المحامى من الأتعاب مادام قد قام بالعمل الموكل فيه وإنما يكون على القاضى أن يستبعد التقدير المتفق عليه ويقوم هو بتقدير أتعاب المحامى وفقا لما يستصوبه . (نقض جلسة 1977/11/23 المكتب الفنى السنة 28 رقم 97 ص511)

بطلان شراء القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وأعوان القضاة الحقوق المتنازع عليها . م 471 مدنى . اعتبار الحق المبيع فيه ، حالاته قضاء محكمة الموضوع باعتباره كذلك خضوعه لرقابة محكمة النقض . (نقض جلسة 1982/5/20 المكتب الفنى السنة 23 رقم 101 ص561)

المطالبة بمقابل الانتفاع ليس مردها عقد الإيجار الاصلى أو عقد التأجير من الباطن طالما اعتبر كل منهما باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام ، الحقيقى المطالبة بالرعب لا يسقط إلا بالتقادم الطويل بمضى خمسة وعشرون عاما ومن ثم فان ما ينعاه الطاعن من سقوط الدين تأسيسا على التقادم الخمسى ولا انطباق له على واقعية الدعوى - يكون غير منتج مادام لم يدع احد بانقضاء المدة الطويلة . (نقض جلسة 1978/4/19 المكتب الفنى السنة 29 رقم 204 ص 1031)

الأصل أن القانون ألقى على كل متعاقد مسئولية رعاية مصلحته فى العقد والا أن المشرع لاحظ أن مركز المتعاقدين فى بعض العقد لا يكون متكافئا بحيث يخشى أن يتحكم احدهما وهو القوى فى الآخر الضعيف فيستغله أو يعنته بشروط قاسية فتدخل فى هذه الحالات رعاية الطرف الضعيف وحماية له ووضع قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بحيث يقع باطلا كل التزام يخرج عليها ويكون بطلانه مطلقا لا يزول أثره بالإجازة ولا يسقط بعد التمسك بل يجوز أن يحكم به القاضى من تلقاء نفسه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى ، ومن هذه الحالات ما عالجه المشرع فى المادة 44 من قانون المحاماة رقم 96 لسنة 1957 من نهى المحامى عن الاتفاق على مقابل ينسب إلى قدر لو قيمة ما هى مطلوب فى الدعوى أو ما يحكم به فيها ، ونهيه بصفة عامة عن كل اتفاق من شانه ان يجعل له مصلحة فى الدعوى - وقد جرى قضاء هذه المحكمة - باعتبار كل اتفاق من هذا القبيل باطلا . (نقض جلسة 1977/11/23 المكتب الفنى السنة 28 رقم 97 ص511)

تحقق الشرط الفاسخ - وهو أمر مستقل غير محقق الوقوع - يترتب عليه وفقا لحكم المادة 265 من القانون المدنى زوال الالتزام المعلق على هذا الشرط يكون قائما ونافذا فى فترة التعليق ولكمنه مهدد بخطر الزوال اذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إعمالا بما تقتضى به المادة 1/266 من القانون المدنى إلى بطلان الشرط الفاسخ لمخالفته للنظام العام وبقاء الالتزام بالدين قائما فإنه لا يكون قد خالف القانون . (نقض جلسة 1978/4/25 المكتب الفنى السنة 29 رقم 248 ص1112)

متى كان العقد قد تناول التصرف فى ارض كانت قد اكتسبت صفة المال العام قبل صدوره فانه يكون باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام وفى هذه الحالة لا يعذر المشترى الحائز بجهله عيوب سنده . (نقض جلسة 1967/4/27 المكتب الفنى السنة 18 رقم 135 ص879)

الاتفاق الذى ينطوى على التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه أو يؤدى إلى المساس بحق الإرث فى كون الإنسان وارثا أم غير وارث وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فى غيره هو اتفاق مخالف للنظام العام يعد تحايلا على قواعد الميراث فيقع باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة ويتاح إثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفا فى الاتفاق . (نقض جلسة 1967/11/21 المكتب الفنى السنة 18 رقم 261 ص 1736)

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الاتفاق الذى ينطوى على التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه أن يؤدى اى المساس بحث الإرث فى كون الإنسان وارثا أو غير وارث وكونه يستقل بالإرث أم يشاركه فيه غير وهو اتفاق مخالف للنظام العام إذ يعد تحايلا على قواعد الميراث فيقع باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة ويباح إثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفا فى الاتفاق . (نقض جلسة 1975/11/11 المكتب الفنى السنة 26 رقم 264 ص 1394)

أحكام الإرث وتعيين نصيب كل وارث فى التركة من النظام العام وكل تحايل على مخالفة هذه الاحكام باطل بطلانا مطلقا ومن ثم فلا يسرى على هاذ البطلان التقادم المنصوص عليه فى المادة 140 من القانون المدنى ، ولا يقدح فى ذلك القول بان اعتبار البطلان مطلقا يتنافى مع امكان ايجازات التصرف من الورثة ذلك انه ليس للورثة أن يجيزوا التصرف باعتباره بيعا وإنما لهم أن يجيزوه على الاعتبار الصحيح بوصفه وصية وفى هذه الحالة تجرى على أحكام الوصية التى يجيزها الورثة . (نقض جلسة 1964/1/9 المكتب الفنى س 15 ص43)

أن تصريح المشرع بلفظه البطلان جزاء المخالفة لا يرتب بذاته الآثار التى كانت تترتب على البطلان المطلق ، إذ أن المشرع وان حدد بذلك طبيعة أجزاء وهو البطلان إلا انه لم يحدد نوعه الذى يتحدد بالغاية التى تغياها المشرع من القاعدة ومحل المخالفة ، فان كانت حماية مصلحة عامة جرت أحكام البطلان المطلق وان كانت حماية مصلحة خاصة جرت أحكام البطلان النسبى . (نقض مدنى فى 31 ديسمبر سنة 1975 مجموعة أحكام النقض السنة 26 رقم 326 ص1746)

أن المادة 705 من قانون المرافعات توجب أن يكون عدد المحكمين المفوضين بالصلح وترا ، وان يذكروا بأسمائهم فى مشاركة التحكيم أو فى ورقة سابقة عليها ، وهذا النص ينتفى معه جواز القول بإمكان تعيين بعض المحكمين فى المشاركة وتوكيل هذا البعض فى تعيين آخرين من بعد ، وحكم هذه المادة هو من النظام العام ، فمخالفته موجبة لبطلان المشاركة بطلانا مطلقا لا يزيله حضور الخصوم أمام المحكمين الذين لم تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها فى المادة المذكورة . (نقض جلسة 1934/12/20 ربع قرن ج 1 ص 397 بند 3)

بطلان عقد بيع الوفاء بطلانا مطلقا سواء ورد شرط استرداد المبيع خلال مدة معينة فى نفس العقد أو عقد لاحق معاصر له ذهنيا .

مفاد نص المادة 465 من القانون المدنى انه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطل قانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد الى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات عقد البيع بل يجوز إثباته فى ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالبيع واستظهار شرط المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع فى الاسترداد يعتبر من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض ، وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن عقد البيع سند الدعوى تاريخه .. وكانت الورقة التى استند إليها الحكم فى إثبات شرط الاسترداد مؤرخه – فى تاريخ لاحق على العقد دون أن يعنى باستظهار شرط المعاصرة الذهنية التى تربطها بالعقد أو يكشف عن المصدر الذى استقى منه هذه المعاصرة فانه يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون . (نقض جلسة 1976/3/15 المكتب الفنى السنة 27 رقم 130 ص652)

العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يقبل التصحيح لوروده على عدم .

النص فى عقد الصلح على اعتبار بين الوفاء نهائيا لا رجوع فيه ، لا يعدو أن يكون مجرد نزول للجانب البائع عن شرط الاسترداد المتفق عليه عند التعاقد فهو لا يصحح البيع الذى وقع باطلا طبقا للمادة 465 من القانون المدنى 9 . (نقض جلسة 1970/5/28 المكتب الفنى السنة 21 رقم 151 ص945)

لقد جرى قضاء محكمة النقض بأن العقد المشوب ببطلان أصلى متعلق بالنظام العام هو فى نظر القانون لا وجود له ، ولما كان التقادم لا يصحح إلا ما كان له وجود

وكان العقد الذى يتمسك به الطاعن هو عقد بيع يخفى رهنا فان مثل هذا العقد لا ينقلب صحيحا مهما طال الزمن ومن ثم لا يكون للتقادم الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض الدفع بسقوط الحق فى رفع الدعوى ببطلان عقد البيع المذكور لم يخالف القانون ، أما تحدى الطاعن بنص المادة 141 من القانون المدنى الجديد فلا بجدية لأنه تشريع جديد لا يسرى على واقعة الدعوى . (نقض 1952/4/17 طعن 171 س20ق)

النص فى المادة 140 من القانون المدنى على أن " 1- يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات ، 2- يبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الى يزول فى هذا السبب وفى حالة الغلط او التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه ، وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد " يدل على ان سقوط الحق فى إبطال العقد المقابل لذلك يكون بمضى ثلاث سنوات يبدأ سريانها بالنسبة لحالة الغلط او التدليس من اليوم الذى تكتشف فيه هذه الحالة بحيث إذا انقضت هذه المدة انقلب العقد صحيحا ، ولا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع باعتبار أن الدفع فى هذه الحالة لا يعدو أن يكون فى حقيقته دعوى فرعية بالإبطال . (نقض 1992/12/21 طعن 248 س 56 ق)

العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية أو لعيب شاب الإرادة له وجود قانونى أن يتقرر بطلانه ، ولا يستطيع أن يطلب إبطاله سوى من تقرر البطلان لمصلحته – ناقص الأهلية او من شاب إرادته عيب – لما كان ذلك وكان المطعون ضدهم الأربعة الأول – وهم ليسوا طرفا فى عقد الإيجار المؤرخ 1966/2/1 – قد طلبوا إبطاله تأسيسا على أن إرادة وزارة الأوقاف المؤجرة – قد شابها عيب الغش والتدليس ، واذ استجاب الحكم المطعون فيه لطلباتهم وقضى بالبطلان لعيب شاب إرادة المؤجرة فإنه يكون قد خالف القانون . (نقض 1981/2/21 طعن 790 س 50ق)

بطلان العقد بطلانا مطلقا لسبب معين لا يمنع طرفيه من إبرام عقد جديد بدلا منه لا يشوبه البطلان . (الطعن 1649 لسنة 49 ق جلسة 1983/12/15 س 34 ص1819)

الأثر الكاشف للحكم ببطلان العقد الذى يرتد بهذا البطلان إلى يوم صدور ذلك العقد وان كان يزيل العقد فى خصوص التزامات طرفية التعاقدية منذ إبرامه إلا انه لا اثر لذلك فى خصوص بدء سريان تقادم دعوى التعويض عن العمل غير المشروع الذى أدى للحكم بهذا البطلان لان العبرة فى بدء سريان هذا التقادم ليست بافتراض وقوع الضرر وعلم المضرور به وبالمسئول عنه منذ إبرام العقد قياسا على ذلك الأثر الكاشف للحكم بالبطلان بل ان العبرة فى ذلك - وعلى ما جرى به ن المادة 172 من القانون المدنى - هو بوقوع الضرر فعلا وبالعلم الحقيقى به المسئول عنه وهو ما لا يتحقق بالفعل إلا يوم صدور ذلك الحكم ، وإذ عول الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه فى رفض الدفع بالتقادم إلى احتسابه بدءا من تاريخ صدور الحكم ببطلان عقد شراء المطعون ضده الأرض وهو يوم 1980/6/1 ورتب على ذلك قضاءه بالتعويض فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون . (الطعن 1832 لسنة 53 ق جلسة 1987/3/26)

إذا كان الأثر المترتب على بطلان العقد هو أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كان عليها قبل التعاقد إلا أن يكون ذلك مستحيلا وهو ما لا لازمه أن يمحو البطلان كل اثر للعقد سواء كان هذا الأثر نتيجة اتفاق صريح أو ضمني بين عاقديه وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى بطلان العقد وعودة طرفيه إلى ما كانا عليه قبل التعاقد بتسليم العين وما عليها من مبان للمطعون ضده مقابل استحقاق الطاعن لما أودع على ذمته من تعويض فانه لا يكون قد خالف القانون . (الطعن 1482 لسنة 50 ق جلسة 1987/6/28)

لا يملك ناقص الأهلية حق الإجازة لأنها تصرف قانونى .

إجازة التعاقد الباطل باعتبارها تصرف قانونيا يتضمن إسقاط لحق لا يملكها ناقص الأهلية . (نقض جلسة 1980/3/13 المكتب الفني السنة 31 رقم 159 ص806)

إثارة الإجازة دفاع جوهرى يتعين على محكمة الموضوع إيراده فى أسبابها والرد عليها إذا كان يبين من مدونات الحكم الابتدائي أن الطاعن تمسك فى دفاعه بإجازة المالك الاصلى لتصرف الصادر من المرحومة ، ببيع المنزل المملوك الى الطاعن وقد الأوراق التى استند إليها فى حصول تلك الإجازة فى تاريخ لاحق للرقة المنسوبة لها والتى فيها بصورية البيع الصادر لها من المالك الاصلى وكان مقتضى الأثر الناقل للاستئناف انه يتعين على محكمة الاستئناف ان تفصل فى كافة الأوجه التى يكون المستأنف عليه قد تملك بها أمام محكمة أول درجة متى كان الحكم المستأنف قد انتهى إلى القضاء له بطلباته كلها وكان لم يثبت تخليه عم هذه الأوجه ، فإن محكمة الاستئناف وقد رأت إلغاء الحكم الابتدائي الذى قضى لمصلحة الطاعن بصحة التعاقد موضوع النزاع ، كان لزاما عليها فالفصل فى دفاعه المشار إليه والذى لم يتعرض الحكم الابتدائى لبحثه مادام لم يقدم المطعون عليهم ما يفيد تنازل الطاعن عنه صراحة أو ضمنا ولا ببين تلك من مدونات الحكم لبحثه مادام لم يقدم المطعون عليهم ما يفيد تنازل الطاعن عن صراحة أو ضمنا ولا يبين ذلك من مدونات الحكم المطعون فيه ، وإذ ببين من الحكم المطعون فيه انه لم يشر إلى هذا الدفاع ولم يدعيه وكان هذا الدفاع جوهريا قد يتغير بتحقيقه وجه الرأى فى الدعوى فإن الحكم يكون معيبا بالقصور فى التسبيب . (نقض جلسة 1978/12/14 المكتب الفنى السنة 29 رقم 374 ص 1930)

إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث .

إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إذا حصلت بعد وفاة المورث ، ذلك لان صفة الوارث التى تخوله حقا فى التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذه النظرية ، فإن النعى عليه – بالخطأ فى تطبيق القانون إذا قضى بصورية عقدى البيع الصادرين للطاعن رغم أن المطعون عليها الثانية وقعت عليما ويعتبروا ورد فيها من شروط حجة عليها بحيث يمتنع عليها الطاعن فيها بالصورية – يكون على غير أساس . (نقض جلسة 1975/11/11 المكتب الفنى السنة 26 رقم 263 ص 1294)

يسقط حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وعلى من يدعى الإجازة إثباتها.

انه وان كانت المادة 1/139 من القانون المدنى تقضى بان يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية ، إلا لما كان من المقرر فى قضاء محكمة النقض ، أن عبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال ، إنما يقع على عاتق مدعى الإجازة وإذا لم يقدم الطاعنون ما يدل على تمسكهم بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع ، وإغفالها تحقيقه ، فإنه لا يقل منهم إثارته مرة أمام محكمة النقض . (نقض جلسة 1972/2/15 المكتب الفنى السنة 23 رقم 25 ص 162)

إن إجازة العقد قد تكون صريحة أو ضمنية ، ومن ثم فلا تثريب على محكمة الموضوع إذا استخلصت – فى حدود سلطتها الموضوعية – استخلاصا سائغا من وقائع الدعوى ومستنداتها – إجازة الطاعنة العقد القسمة إجازة ضمنية بعد بلوغها سن الرشد من توقيعها كشاهدة على عقود البيع الصادرة من بعض المتقاسمين الآخرين والمشار فيها إلى أن اصل التمليك يرجع إلى عقد القسمة المذكور ، وبالتالى لا تعدو المجادلة فى ذلك أن تكون جدلا موضوعيا لا تقبل إثارته أمام محكمة النقض . (نقض مدنى 3 مايو 1962 مجموعة أحكام النقض 13-595-89)

إجازة التعاقد الباطل باعتبارها تصرفا قانونيا يتضمن إسقاط الحق لا يملكها ناقص الأهلية . (نقض جلسة 1980/3/12 المكتب الفنى السنة 31 رقم 159 ص806)

العقد الباطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة .

أساس بطلان البيع الوفائى الذى ستر رهنا هو انه غير مشروع ومن ثم فلا تلحقه الإجازة . (نقض جلسة 1969/1/23 المكتب الفنى السنة 20 رقم 24 ص144)

إن عبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال إنما يقع على عاتق مدعى الإجازة وإذن فمتى كان الطاعن قد ادعى أن مورث المطعون عليها قد أجاز بعد بلوغه سن الرشد عقد البيع الذى عقده ، وهو قاصر فان الحكم المطعون فيه إذا ألقى عبء إثبات هذه الواقعة لا يكون قد خالف قواعد الإثبات . (نقض جلسة 1952/11/26 ربع قرن ج1 ص 29 بند 26)

الإجازة ليست تصرفا منشئا لحق بل تصرفا مزيلا لمانع .

الإجازة ليست منشئة للحق بل هى إزالة للمانع الذى منع من نفاذ التصرف (نقض مدنى 1957/2/7 مجموعة أحكام النقض السنة 8 رقم 15 ص 126)

الإجازة تصرف قانونى مسقط لحق الإبطال لا يملكه ناقص الأهلية .

الإجازة تصرف قانونى يتضمن إسقاط الحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية ، ولهذا فإن الإجازة الصادرة من القاصر بعد قرار المجلس الحسبى باستمرار الوصاية عليه تكون عديمة الأثر قانونا . (نقض مدنى 1951/2/1 مجموعة أحكام النقض 2 رقم 55 ص 289)

الإجازة قد تكون من المجلس الحسبى أو من القاصر بعد بلوغه سن الرشد .

إن البطلان المنصوص عليه فى المادة 258 مدنى (قديم) وهى المادة التى لا تجيز لمن يقوم مقام غيره ، بوجه شرعى كالأوصياء والأولياء ولا للوكلاء المقامين من موكليهم ، أن يشتروا الشئ المنوط بهم بيعه بالصفات المذكورة .

بطلان نسبية صحة الإجازة هو لا يزول شراء مال القاصر الا برضائه بعد بلوغه سن الرشد أو بإجازة المجلس الحسبى . (نقض مدنى فى 1950/2/23 مجموعة أحكام النقض السنة الأولى رقم 70 ص 260)

أن عقد القسمة الذى يبرمه الوصى دون استئذان الجهة القضائية المختصة يكون باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغه سن الرشد أن يتناول عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة . (نقض مدنى فى 23 يناير سنة 1964 مجموعة أحكام النقض السنة 15 رقم 24 ص 131)

يسقط الحق فى إبطال العقد بالتقادم إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات عملا بالمادة 1/140 من القانون المدنى ، ولما كان من المقرر أن التقادم لا يتعلق بالنظام العام ، ويجب التمسك به أمام محكمة الموضوع ، فإنه إذا لم يثبت أن الطاعنين قد تمسكوا أمامها بتقادم دعوى البطلان ، فلا يقبل منهم التمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض . (نقض 1972/2/15 طعن 189 س 37 ق)

ليس فى القانون ما يحول دون التمسك بطلب بطلان التصرف لعيب فى أهلية المتصرف بعد الإخفاق فى الادعاء بتزوير العقد الحاصل به هذا التصرف لاختلاف نطاق ومرمى كل من الطاعنين عن الآخر . (نقض 1962/2/15 س13 ص267)

وضع المالك على الشيوع يده على جزء منفرز من العقار الشائع عدم أحقية باقى الشركاء فى انتزاع القدر منه ولو جاز نصيبه بغير القسمة ويقتصر حق الشركاء على طلب مقابل الانتفاع شرطة ان لا يكون حيازة الشريك واضع اليد غير مشروعة او محالا لعقد ينظمها او ينظم انتقالها بين الشركاء عله ذلك (الطعن رقم 160لسنة 69ق جلسة 2000/1/17) .

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه ليس ثمة ما يمنع البائع ان كان مالكا على الشيوع أن يبيع قدرا مفرزا من نصيبه فهو وان كان لا ينفذ فى حق باقى الشركاء بل يظل معلقا على نتيجة القسمة إلا انه يعتبر صحيحاً ونافذا فى حق الشريك البائع ومنتجا لآثاره القانونية على نفس المحل المفرز المتصرف فيه قبل القسمة وإذا كانت الطاعنة الشريكة البائعة لصحة مفرزة الى المشترى المطعون علية لم تدع وقوع قسمة قبل البيع فانه لا يحق لها طلب إبطال البيع الصادر منها و يحق للمشترى طلب الحكم بصحة ونفاذ هذا البيع قبلها حتى يتسنى له تسجيل عقد شراءه و من ثم يستطيع ان يحاج به الطاعنة البائعة له فى فترة ما قبل القسمة حتى يمتنع عليها التصرف فى هذا القدر االى الغير (نقض مدنى جلسة 1981/3/10 لسنة32 عدد أول ص 779).

الثابت فى الدعوى ان تصرف المطعون عليه الثانى للطاعنين بالبيع قد انصب على حصة شائعة فى قطعة داخلة فى مجموع المال الشائع ولا يغير من كون التصرف على هذه الصورة منصبا على حصة شائعة ان تتمدد الجهات التى تقع فيها الأطيان المملوكة للبائع و شركائه على الشيوع فلا يكون هناك محل لبحث الأثر الذى يترتب على حق المشترى فى الحلول العينى عملا بالمادة 2/826 القانون المدنى لأن مجال هذا البحث ان ينصب التصرف بالبيع على حصة مفرزة فى المال الشائع و هو ما ليس شان التصرف موضوع النزاع والذى أصاب وعلى ما سلف بيانه حصة شائعة فيه . (نقض مدنى جلسة 1981/1/27 لسنة 32عدد اول ص 349).

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الشريك فى ملك شائع الذى يتصرف بالبيع فى حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلا للمشترى متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة (نقض مدنى جلسة 1982/1/24 لسنة 33 ص 169 ص 1678) .

لئن كان بيع الشريك المشتاع لقدر مفرز من نصيبه لا ينفذ فى حق باقى الشركاء بل يظل معلقا على نتيجة القسمة إلا انه يعتبر صحيحا و ناقداً فى حق الشريك البائع ومنتجا لآثاره القانونية على نفس المحل المفرز المتصرف فيه قبل القسمة أما بعد القسمة فاستقرار التصرف على ذات المحل رهين بوقوعه فى نصيب الشريك البائع فإن وقع فى غير نصيبه ورد التصرف على الجزء الذى يقع فى نصيبه نتيجة للقسمة و ينبنى على ذلك انه اذا سجل المشترى لقدر مفرز من الشريك المشتاع عقد شرائه انتقلت اليه ملكية هذا القدر المفرز فى مواجهة البائع له فى فترة ما قبل القسمة بحيث يمتنع على البائع التصرف فى هذا القدر الى الغير فإذا تصرف فيه كان بائعا لملك الغير فلا يسرى هذا البيع فى حق المالك الحقيقى وهو المشترى الأول الذى انتقلت إليه ملكية هذا القدر من وقت تسجيل عقد شرائه (نقض مدنى جلسة 1975/2/17 لسنة 26ص 402) .

الحكم بإيقاع بيع العقار لا تنتقل به الملكية سواء بالنسبة للراسى عليه المزاد أو بالنسبة للشركاء فى العقار أو بالنسبة الى الغير إلا بتسجيله فإن من اشترى حصة أحد الشركاء بعقد مسجل قبل تسجيل حكم إيقاع البيع أو قبل التاريخ الذى يرتد إليه أثر تسجيله ولم يختصم فى إجراءات البيع لا يحاج بالحكم ولو كان البائع له مختصما فى الدعوى وتنتقل إليه هو الحصة التى اشتراها دون الراسى علية المزاد ويكون له أن يطلب تثبيت ملكيته لهذه الحصة فى مواجهة المشتاعين ومن حكم بإيقاع البيع علية حتى لو كان المشترى الذى سبق الى تسجيل عقدة متواطئا مع البائع على الإضرار بحقوق باقى الشركاء أو الراسى عليه المزاد لان تواطؤه مع البائع على الإضرار بحقوق باقى الشركاء أو الرأسى عليه المزاد أو علمه بسبق التصرف الى الغير لا يحول دون كسبة ملكية المبيع بمقتضى عقده الذى بادر الى تسجيله فصح سندا لنقل الملكية إليه . (نقض مدنى جلسة 1982/1/24 لسنة 33 عدد اول ص169) .

من المقرر أن قضاء هذه المحكمة أن للشريك على الشيوع ان يبيع جزءا مفرزا من المال الشائع قبل إجراء القسمة فقد نصت المادة 826 فقرة ثانية من القانون المدنى على انه (إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه و من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريقة القسمة)

ومتى تقرر ذلك فان الطاعن يكون قد اشترى من المطعون ضده الجزء المفرز الذى قام ببيعة أو ما يحل محلة مما يقع فى نصيب المطعون عليه عند القسمة فإن وقع الجزء المفرز عند القسمة فى نصيب المطعون عليه خلص للطاعن و أن لم يقع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العينى من الجزء المفرز المبيع الى الجزء المفرز الذى يؤول الى المطعون علية بطريقة القسمة (نقض مدنى جلسة 1980/3/25 لسنة 31 عدد أول ص 888) .

الأصل أن البائع لا يمثل المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع و أن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره مالكا للعين المبيعة لا يعتبر حجة إلى المشترى الذى سجل العقد شراءه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى وأن للشريك على الشيوع أن يبيع حصته شائعة اذا سجل المشترى عقدة انتقلت إليه حصة البائع شائعة ويصبح المشترى دون الشريك البائع هو صاحب الشان فى القسمة التى تجرى بخصوص هذه الأعيان اتفاقا أو قضاءاً فإذا تجاهله الشركاء واجروا القسمة مع الشريك الذى باع نصيبه بعقد مسجل فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشترى الذى سجل عقدة قبل تسجيل حكم القسمة . (نقض مدنى جلسة 1975/12/24 لسنة 26ص 1678) .

من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة انه اذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع و كان سابقا على اجزاء القسمة بين الشركاء فان المشترى فى هذة الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة826 من القانون المدنى حتى لو سجل عقدة قبل تسجيل القسمة شريكا فى العقار الشائع و لا يكون له اى حق من حقوق الشركاء وبالتالى لا يلزم تمثيلة فى القسمة و متى تمت هذة القسمة بين الشركاء فانها تكون حجة علية ولو لم يكن طرفا فيها ويترتب عليها فى حق المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فيه نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر اليه فاذا وقع القدر المبيع المفرز فى نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر واذا لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى البائع بطريقة القسمة (نقض مدنى جلسة 1981/1/20 السنة ، 3 عدد أول ص 235) .

المقايضة هى – حسب ما عرفها القانون فى المادة 356 مدنى – عقد التزام كل من المتعاقدين بان يعطى للاخر شيئا مقابل ما اخذه منه وينبنى على ذلك ان كل متقايض يعتبر بائعا ومشتريا فى وقت واحد ولهذا نصت المادة 360 من القانون المدنى على ان القواعد المختصة بعقد البيع تجرى كذلك فى المقايضة فانه يجب الرجوع فى ذلك الى احكام ضمان الاستحقاق المقررة فى موضوع البيع وقد نص القانون المادة 359 مدنى على ان المقايض الذى يستحق عنده البدل يكون مخيرا بين ان يرفع على من تعاقد معه دعوى بالتضمينات او دعوى الفسخ مع استرداد القيض الذى اعطاه ، ولم يخالف الشارع فى هذا الصدد احكام الضمان التى سنها فى البيع الا بما اورده فى الشق الاخير من المادة 359 المذكورة متعلقا بغير المتعاقدين فقط ، وذلك بنصه على جواز المطالبة برد ذات العين المسلمة من المقايض ولو كانت تحت يد الغير اذا كانت عقارا ولم يكن قد مضى خمس سنوات من تاريخ المقايضة ، اما فيما بين المتعاقدين فان حق الفسخ واسترداد القيض ، كما فى البيع لا يسقط الا بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق . (نقض 1937/1/7 طعن 39 س6ق)

تنص المادة 485 من التقنين المدنى – على انه " تسرى على المقايضة احكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضبن بائعا للشئ الذى قايض به ، ومشتريا للشئ الذى قايض عليه ، ومن المقرر ان التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع او منازعته فيه وفقا للمادة 439 من التقنين المذكور التزام ابدى يتولد من عقد البيه ولو لم يشهر فيمتنع على البائع التعرض للمشترى لان من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض ، وعليه فلا يجوز للمتبادل على عقار منازعة المتبادل معه او ورثته استنادا الى ان عقد البدل لم يسجل لان عليه التزاما شخصيا بتمكينه من الانتفاع بهذا العقار وحيازته حيازة هادئة فينشأ عنه عقد البدل بمجرد انعقاده . (نقض 1984/12/17 طعن 614 س49ق)

أن استحالة رد الاطيان المتبادل عليها بسبب نزع ملكيتها جبرا وقهرا من يد المتبادل الذى يتمسك ببطلان المبادلة ليس فى حد ذاتها مانعة من قبول دعوى البطلان ، اما اذا كانت الاستحالة ناشئة عن تصرف من طالب البطلان ينهض دليلا عن اجازته العقد المشوب بالتدليس فعندئذ لا تقبل منه دعواه .(الطعن رقم 87 سنة 2ق جلسة 1933/5/18)

إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر عقد المقايضة الذى عقدته الوصية بدون اذن المحكمة الحسبية هو عقد باطل بطلانا نسبيا يصح باجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد وجعل الاجازة تستند الى التاريخ الذى تم فيه العقد فانه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح . (الطعن رقم 107 سنة 30 ق جلسة

1965/1/21 س16 ص73)

إذا كان الثابت من الواقع المطروح ان المطعون عليها الاولى اقامت الدعوى بطلب بطلان المخالصتين وعقد البدل فيما تضمنه من تخالص المطعون عليها الاولى فلما اقام الطاعن الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد البدل – المذكور – امرت المحكمة بضمها الى الدعوى – الاولى – ليصدر فيهما حكم واحد ، واذ كانت دعوى صحة العقد هى الوجه الاخر لدعوى بطلانه والقضاء باحد الطلبين يترتب عليه حتما رفض الطلب الاخر كله او بعضه فان الاندماج يتم بين الدعويين وينتفى القول باستقلال كل منهما عن الاخر ، واذ قضى الحكم المطعون فيه فى الاسباب برفض طلب الطاعن الحكم بصحة ونفاذ عقد البدل وقضى فى المنطوق ببطلان المخالصتين وعقد البدل ثم قضى بالزام الطاعن بتقديم حساب وندب خبير لفحصه توطئه للحكم فى الدعوى وعلى اساس ما تسفر عن نتيجته فانه لا يكون قد انهى الخصومة كلها واذ كان الحكم المطعون فيه ليس من الاحكام التى استثناها المشرع على سبيل الحصر واجاز الطعن فيها على استقلال فان الطعن فيه يكون غير جائز . (نقض 1979/3/29 طعن 40 س40ق)

الفقرة الاولى من المادة 466 من القانون المدنى تنص على انه اذا باع شخص شيئامعينا بالذات لا يملكه جاز للمشترى ان يطلب ابطال البيع وان المادة 485 من القانون المدنى تنص على انه يسرى على المقايضة احكام البيع بالقدر الذى تسمح بع طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشئ الذى قايض به ومشتريا للشئ الذى قايض عليه ، كما حددت الفقرة الاولى من المادة 140 من القانون المدنى مدة سقوط الحق فى الابطال فى حالات حددتها على سبيل الحصر وهى حالات نقص الاهلية والغلط والتدليس والاكراه بثلاث سنوات ، اما فى غير هذه الحالات ، فان مدة تقادم الحق فى ابطال العقد – وعلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض – لا يتم الا بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ ابرام العقد (نقض 1985/6/30 طعن 841 س 51 ق)

لا يمكن تاسيس رفع دعوى التقايض من جانب من اشترى العوض على انه اشترى من غير مالك ، وانه مع ذلك وضع يده بهذا السبب الصحيح المدة القصيرة المكسبة للملكية ، فإن المقام فى هذه الحالة ليس مقام تحد من المشترى بعقده المسجل لاثبات ملكيته لما اشتراه ، وانما هو مقام رفع دعوى الانفساخ والتراد التى ادخل فيها بسبب وجود العوض تحت يده وهذه الدعوى قد نص القانون على سقوطها بالنسبة له بمضى خمس سنوات من تاريخ المقايضة . (نقض 1937/1/17 طعن 39 س6ق)

إن الفقرة الاخيرة من المادة 359 المذكورة انما وضعت لتقرير حكم خاص بالمقايضة وهو تحديد المدة التى يجوز فيها للمتعارض الذى استحق عنده العوض مقاضاة من يكون العوض الآخر تحت يده بسبب قانونى فلا علاقة لها بأحكام انتقال الملكية بالعقود ، تلك الأحكام التى جاء بتعديلها قانون التسجيل الجديد ولذلك فان حكمها باق لم يمسه قانون التسجيل المذكور . (نقض 1937/1/17 طعن 39 س 6 ق).

فهرس المحتويات